

**Sperrung des Landesgesetzgebers durch
bundesgesetzliche Ermächtigungen im Bereich der
konkurrierenden Gesetzgebung**

Arno Brust

1973

SPERRUNG DES LANDESGESETZGEBERS
DURCH
BUNDESGESETZLICHE ERMÄCHTIGUNGEN
IM BEREICH DER
KONKURRIERENDEN GESETZGEBUNG ?

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der
Ludwig-Maximilians-Universität München

vorgelegt von
Arno Brust

München 1973

Referent: Professor Dr. Lerche

Korreferent: Professor Dr. Axel von Campenhausen

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Dezember 1973



Einleitung

Die vorliegende Arbeit ist eine Zusammenfassung der

Einleitung

Die vorliegende Arbeit ist eine Zusammenfassung der

von der

in der

in der

in der

in der

in der

in der

in der

in der

in der

in der

in der

in der

Einleitung

Die vorliegende Arbeit ist eine Zusammenfassung der

von der

in der

in der

in der

in der

in der

in der

in der

in der

in der

in der



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548326_0050

Inhaltsverzeichnis

	Seite
<u>Einleitung</u>	
Problemlage und Weg der Untersuchung	1
<u>Erster Abschnitt</u>	
Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen gem. Art. 80 GG	5
1) Die Zulässigkeit der Ermächtigung	5
a) Die grundsätzliche Bedeutung des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG	5
b) Der Gehalt des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG	6
2) Die Struktur der Ermächtigung	10
a) Die Ermächtigung als "konservierende Delegation"	10
b) Die Ermächtigung als "organisatorischer Differenzierungsakt"	11
c) Die Ermächtigung als Begründung einer "außerordent- lichen Zuständigkeit"	12
d) Die Ermächtigung als "Begründung einer irregulären Zuständigkeit" durch einen "organisatorischen Differenzierungsakt"	13
<u>Zweiter Abschnitt</u>	
Sperrung des Landesgesetzgebers durch bundesgesetzliche Ermächtigungen im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung?	17
I Die bundesgesetzliche Ermächtigung zum Erlass von Rechts- verordnungen im Verhältnis zur Kompetenzverteilung zwi- schen Bund und Ländern	17
1) Ausschluß der Länder von der Gesetzgebungszuständigkeit unmittelbar durch die bundesgesetzliche Ermächtigung i. V. m. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG?	17
2) Ausschluß der Länder von der Gesetzgebungszuständigkeit gem. Art. 72 Abs. 1 GG?	21
a) Zuständigkeitsverlust der Länder auf Grund der bundes- gesetzlichen Regelung?	21
aa) Vollständigkeit der der Verordnung zugrunde liegenden bundesgesetzlichen Regelung?	21

bb)	Zuständigkeitsverlust infolge der Anwendung eines politisch-materialen Gesetzesbegriffs im Bereich der Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern?	27
cc)	Zuständigkeitsverlust infolge eines Akzessorietätsverhältnisses zwischen "Annex"- und "Haupt"-Kompetenz	28
b)	Zuständigkeitsverlust der Länder auf Grund der bundesgesetzlichen Ermächtigung?	34
aa)	der Bundesregierung oder eines Bundesministers	34
	1. Der gegenwärtige Stand der Meinungen	34
	2. Kritik	37
bb)	der Landesregierung	44
II	Die bundesgesetzliche Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen im Verhältnis zur innerstaatlichen Kompetenzverteilung der Länder.	53
	Sperrung des Landesgesetzgebers durch die bundesgesetzliche Ermächtigung?	53
a)	der Bundesregierung oder eines Bundesministers	53
b)	der Landesregierung	53
III	Die bundesgesetzliche Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen im Verhältnis zur Ermächtigungskompetenz des Landesgesetzgebers	63
1)	Ausschluß landesgesetzlicher Ermächtigung der Landesregierung infolge bundesgesetzlicher Ermächtigung der Landesregierung?	63
2)	Ausschluß landesgesetzlicher Ermächtigung sonstiger Landesorgane durch bundesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung?	67
3)	Ausschluß landesgesetzlicher Ermächtigung von Landesorganen infolge bundesgesetzlicher Ermächtigung von Bundesorganen?	68
<u>Schluß</u>		
Thesen		70

Literaturverzeichnis

- Anschütz, Gerhard Grundzüge des Deutschen Staatsrechts
Sonderabdruck aus Enzyklopädie der Rechtswissenschaft II, Leipzig 1903
- Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des Königlichen Verordnungsrechtes nach Preußischem Staatsrecht
Tübingen 1900
- Barbey, Günther Rechtsübertragung und Delegation.
Eine Auseinandersetzung mit der Delegationslehre Heinrich Triepels, diss.jur.
Münster 1962
- Bettermann, Karl August Das Verwaltungsverfahren in:
VVDStRL 17 (1959) S. 118 FF
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz von
H.J. Abraham, P. Badura etc. Hamburg 1950 ff
- Doehl Reichsrecht bricht Landrecht
(Art. 13 I Reichsverfassung vom 11. Aug. 1919)
in: AöR 12 (1927) S. 37 ff N. F.
- Ehmke, Horst Wirtschaft und Verfassung
Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung
Kölner Reihe Bd. 12, Karlsruhe 1961
- Engisch, Karl Der Begriff der Rechtslücke
Eine analytische Studie zu Wilhelm Sauer
Methodenlehre in:
Festschrift für W. Sauer 1949, S. 95 ff,
Berlin 1949
- Fonk, Hans-Joachim Zuständigkeit der Länder für den Erlass von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Strahlenschutzes
in: DÖV 1958/20 ff

- Forsthoff, Ernst Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat
Eine Untersuchung über die Bedeutung der institutionellen Garantie in den Artikeln 127 und 137 der Weimarer Verfassung
Beiträge zum Öffentlichen Recht der Gegenwart, 3
Tübingen 1931
- Fuhr, Eberhard Kommentar zur Gewerbeordnung, Teil 1
Neuwied a. Rh. 1969
- Fuß, Ernst-Werner Die Nichtigerklärung der Volksbefragungsgesetze von Hamburg und Bremen
in: AöR 83 (1958) S. 383 ff
- Gebhard, Ludwig Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. Aug. 1919
München, Berlin und Leipzig 1932
- Geiger, Willi Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951
Berlin und Frankfurt a.M. 1952
- Giacometti, Zaccaria Verordnungsrecht und Gesetzdelegation
Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1928
Zürich 1928
- Haas, Diether Landesverordnungen auf Grund bundesgesetzlicher Ermächtigung
in: DVBL 1954/241 ff
- Haenel, Albert Deutsches Staatsrecht
1. Bd. Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt
Leipzig 1892
- Hamann - Lenz Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Aufl. 1970
- Hasskarl, Horst Die Begrenzung exekutiver Rechtsetzungsbefugnis unter besonderer Berücksichtigung der Bundesgesetzgebung
Ein Beitrag zu Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG diss. iur., Saarbrücken 1969

- Forts. Hasskarl, Horst 16 Jahre Bundesrechtsetzung und ihre Schwerpunkte im Spiegel der Zahlen
in: DÖV 1968/558 ff
- Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG
in: AöR 94 (1969) S. 85 ff
- v. Hausen, Heinz Zur Diskussion über die Bundeszuständigkeit aus Art. 84 und 85 GG
in: DÖV 1960/441 ff
- v. Hausen - von der Heide Die rechtliche und funktionelle Bedeutung der Art. 84 und 85 GG
in: DÖV 1958/753 ff
- Hermann, Hans Das Verhältnis des Bundesrechts zum Landesrecht und die daraus sich ergebenden Folgen für die Landesgesetzgebung und das Verhältnis von Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit
diss. iur. München 1957
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 4. Aufl.
Karlsruhe 1970
- Holthöfer - Nüse - Franck Deutsches Lebensmittelrecht
Bd. 1, 5. Aufl.,
Berlin, Köln, München, Bonn 1961
- Huber, Ernst Rudolf Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches (Grundzüge der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft, Reihe A: Rechtswissenschaft)
2. Aufl. Hamburg 1937/1939
- Hügel, Herbert Pharmazeutische Gesetzeskunde
17. Aufl., Stuttgart 1970
- Ipsen, Hans Peter Wochenend und Grundgesetz
in: DVBL 1950/385 ff
- Hamburgs Verfassung und Verwaltung
Hamburg 1956

- Jacobi, Erwin Die Rechtsverordnungen
in: HdbDStR Bd. 2 S. 236 ff
Tübingen 1932
- Jellinek, Georg Gesetz und Verordnung
Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsge-
schichtlicher und rechtsvergleichender Grund-
lage
Freiburg 1887 (Neudruck Aalen 1964)
- Jesch, Dietrich Gesetz und Verwaltung
Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetz-
mäßigkeitsprinzips
Tübingen 1961
- Kääh - Rösch Bayerisches Landesstraß- und Verordnungsgesetz
2. Aufl. München 1967
- Klein, Friedrich Verordnungsermächtigung nach deutschem Ver-
fassungsrecht (Vorbericht) S. 7-78
Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach
deutschem Verfassungsrecht (Referat) S. 79-117
in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im
Rechtsstaat
Bd. 12 der wissenschaftlichen Schriftenreihe des
Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegen-
heiten e. V.
bearb. v. W. E. Genzmer und W. Einbeck,
Frankfurt/Main 1952
- Kratzer, J. Rechtsverordnungen von Landesorganen kraft
bundesgesetzlicher Ermächtigung
in: BayVBL 1965/265 ff
- Kuhne, Fritz Das Problem der Delegation und Subdelegation
von Kompetenzen der Staatsorgane
Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft,
Heft 79 NF, Aarau 1941
- Laband, Paul Das Staatsrecht des Deutschen Reiches
2. Bd., 5. Aufl.
Tübingen 1811
- Landmann - Rohmer
Eyermann - Fröhler Gewerbeordnung
12. Aufl., München 1969

- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
- Leonhardt, Paul Die Verfassungsmäßigkeit des Kodifikations-
prinzips im Rahmen der konkurrierenden Gesetz-
gebung
diss. iur. Berlin 1964
- Lerche, Peter Grundrechtsbegrenzungen "durch Gesetz" im
Wandel des Verfassungsbildes
in: DVBL 1958/524 ff
- Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des
Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnis-
mäßigkeit und der Erforderlichkeit
Köln, Berlin, München, Bonn 1961
- Ermächtigungsvorschriften für Außenwerbungs-
Satzungen
in: Der Betrieb 1969 Beilage Nr. 6/69 zu Heft
Nr. 11 vom 14. März 1969
- v. Mangoldt - Klein Das Bonner Grundgesetz
Bd. 2, 2. Aufl.,
Berlin u. Frankfurt a.M. 1964
Bd. 3 6. Lieferung, 2. Aufl.
Berlin u. Frankfurt a.M. 1969
- Maunz - Dürig Grundgesetz
Bd. 1 München 1971
Bd. 2 München 1971
- Menger - Erichsen Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Ver-
waltungsrecht
in: VerwArch 75 (1966) S. 64 ff
- Müller, Hanswerner Gesetz oder Rechtsverordnung?
in: MDR 1964/4 ff
- Nawiasky, Hans Der Bundesstaat als Rechtsbegriff
Tübingen 1920
- Peter, Christoph Darf der Bundesgesetzgeber zum Erlaß gesetz-
ändernder Rechtsverordnungen ermächtigen?
in: AöR 92 (1967) S. 357 ff

- Peters, Hans Die staatsrechtliche Ermächtigung
Beiträge zum Öffentlichen Recht, S. 840 ff
Tübingen 1950
= Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen
Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950
Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für Aus-
ländisches und Internationales Privatrecht
- Poetzsch, Fritz Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages
(Bamberg) S. 35 ff (Mitberichterstatter)
Berlin und Leipzig 1922
Thema: Empfiehlt es sich, in die Reichsverfas-
sung neue Vorschriften über die Grenzen zwischen
Gesetz und Rechtsverordnung aufzunehmen?
- Roethe, Eberhard Die Ausführungsverordnung im heutigen Staats-
recht
in: AöR 20 (1931) S. 194 ff
- Rosin, Heinrich Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen
2. Aufl. 1895
- Rubarth, Werner Zur Rechtsgültigkeit der Preisverordnungen
in: NJW 1952/957 ff
- Rudolf, Walter Die Ermächtigung der Länder zur Gesetzgebung
im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung
des Bundes
in: AöR 88 (1963) S. 159 ff
- Schack, Friedrich Die Verlagerung der Gesetzgebung im gewalten-
teilenden Staat
in: Festschrift für Karl Haff S. 332 ff
Innsbruck 1950
- Schmidt, Karl Zur Frage der Weitergeltung "vorkonstitutioneller"
Ermächtigungen
in: NJW 1952/1239 ff
- Schmidt-Bleibtreu, Klein Kommentar zum Grundgesetz für die Bundes-
republik Deutschland
2. Aufl., 1970
- Schmitt, Carl Der Hüter der Verfassung
2. Aufl., Berlin 1969

VII

- Schweiger, Karl
Sind Verordnungen einer Landesregierung gem.
Art. 80 Abs. 1 GG Bundesrecht oder Landesrecht?
in: DÖV 1954/481 ff
- Sigloch, Heinrich
Die gerichtliche Überprüfung von Landesrecht am
Maßstab des Bundesrechts
in: BayVBL 1966/154 ff
- Sمند, Rudolf
Verfassung und Verfassungsrecht
München und Leipzig 1928
auch abgedruckt in: Staatsrechtliche Abhandlung
und andere Aufsätze S. 193 ff, 2. Aufl.,
Berlin 1968
- Spanner, Hans
Grundsätzliche Fragen des Ordnungsrechts
in: BayVBL 1962/225 ff
- Tilman, Paul
Rechtsverordnungen der Landesregierungen auf
Grund bundesgesetzlicher Ermächtigung diss. iur.
Münster 1959
- Triepel, Heinrich
Delegation und Mandat im öffentlichen Recht
Eine kritische Studie
Stuttgart und Berlin 1942
- Wolff, Bernhard
Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverord-
nungen nach dem Grundgesetz
in: AÖR 78 (1952/1953) S. 194 ff
- Wolff, Hans
Verwaltungsrecht I
8. Auflage, München 1971

Verwaltungsrecht II
3. Auflage, München 1970
- Zippelius, Reinhold
Verordnungen der Landesregierungen auf Grund
bundesgesetzlicher Ermächtigung
in: NJW 1958/445 ff

Abkürzungsverzeichnis

a. A.		anderer Ansicht
aaO		am angegebenen Ort
AcP		Archiv für civilistische Praxis
a. E.		am Ende
Anm.		Anmerkung
AöR		Archiv für öffentliches Recht
A. S.		Amtliche Sammlung
BAG		Bundesarbeitsgericht
BayVBL		Bayerische Verwaltungsblätter
BB		Der Betriebsberater
BGB		Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI		Bundesgesetzblatt
BGHZ		Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerfGE		Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE		Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DÖV		Die Öffentliche Verwaltung
DVBL		Deutsche Verwaltungsblätter
GG		Grundgesetz
HChBer		Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948
HdbDStR		Handbuch des Deutschen Staatsrechts
JöR		Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR		Juristische Rundschau
MDR		Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW		Neue Juristische Wochenschrift
OVG		Oberverwaltungsgericht
Rdz.		Randziffer
RGZ		Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RV		Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871
VerfGH		Verfassungsgerichtshof
VerwArch		Verwaltungsarchiv
VerwRspr		Verwaltungsrechtsprechung
VGH		Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL		Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staats- rechtslehrer
WV		Die Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Verfassung) vom 11. August 1919

Einleitung

Problemlage und Weg der Untersuchung

Das Grundgesetz enthält in Art. 80 folgende Bestimmung:

- (1) Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden. Die Rechtsgrundlage ist in der Verordnung anzugeben. Ist durch Gesetz vorgesehen, daß eine Ermächtigung weiter übertragen werden kann, so bedarf es zur Übertragung der Ermächtigung einer Rechtsverordnung.
- (2) Der Zustimmung des Bundesrates bedürfen

Auf der Grundlage dieser Vorschrift sind seither bundesgesetzliche Ermächtigungen in kaum mehr übersehbarer Zahl ergangen ¹⁾. Rechtsprechung und Wissenschaft waren dabei vornehmlich mit der Problematik des Bestimmtheitsgebotes des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, der Zulässigkeit von Ermächtigungen zum Erlass sog. gesetzesvertretender Rechtsverordnungen, der Auslegung des Begriffes "Landesregierung" in Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG und der rechtlichen Qualifizierung von Verordnungen der bundesgesetzlich ermächtigten Landesregierung als Bundes- oder Landesrecht befaßt. Im Schatten dieser Kardinalthemen hat ein Aspekt bundesgesetzlicher Ermächtigungen bislang verhältnismäßig wenig Beachtung gefunden: die kompetentielle Bedeutung eines zum Erlass von Rechtsverordnungen auf einem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung ermächtigenden Bundesgesetzes im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers. Dem näheren Aufzeigen dieser Probleme sollen, zwecks Veranschaulichung, einige Beispiele bundesgesetzlicher Ermächtigungen vorangestellt werden:

§ 27 d Bundesversorgungsgesetz vom 20. Dez. 1950 i. d. F. des 1. Anpassungsgesetzes vom 26. 1. 1970

"Die Bundesregierung wird ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesrates,

1) Vgl. die aufschlußreichen statistischen Angaben von H. Hasskarl: "Die Begrenzung exekutiver Rechtsetzungsbefugnis unter besonderer Berücksichtigung der Bundesgesetzgebung", diss. iur. 1969, S. 103 ff, 106 ff; derselbe in DOV 1968/558 ff.

durch Rechtsverordnung Art, Ausmaß und Dauer der Kriegsopferfürsorge" (§§ 25 bis 27 c) sowie das Verfahren zu bestimmen."

§ 5 Abs. 4 S. 1 Arzneimittelgesetz vom 16. Mai 1961

"Der Bundesminister für Gesundheitswesen wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung, mit Zustimmung des Bundesrates, das Deutsche Arzneibuch ²⁾ nach den jeweiligen wissenschaftlichen Erkenntnissen zu ändern und zu ergänzen, soweit dies im Interesse der Arzneimittelversorgung erforderlich ist."

§ 2 Ausländergesetz vom 28. April 1965

- (1) Ausländer, die bedürfen einer Aufenthaltserlaubnis.
- (2) Keiner Aufenthaltserlaubnis bedürfen Ausländer, die
- (3) Der Bundesminister des Innern kann zur Erleichterung des Aufenthaltes von Ausländern durch Rechtsverordnung bestimmen, daß auch andere Ausländer keiner Aufenthaltserlaubnis bedürfen."

§ 361 Ziff. 6 c Strafgesetzbuch i. V. m. Art. 3 Zehntes Strafrechtsänderungsgesetz vom 7. 4. 1970

(BGBl I S. 313) 3)

§ 361 Ziff. 6 c "Mit Geldstrafe bis zu fünfhundert Deutsche Mark oder mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen wird bestraft 6 c, wer gewerbsmäßig Unzucht treibt und dabei einem durch Rechtsverordnung erlassenen Verbot zuwiderhandelt, diesem Erwerb an bestimmten Orten überhaupt oder zu bestimmten Tageszeiten nachzugehen."

Art. 3 "Verbot der Gewerbsunzucht" (1) Die Landesregierung kann zum Schutze der Jugend oder des öffentlichen Anstandes

1. für das ganze Gebiet einer Gemeinde unter zwanzigtausend Einwohner,

2) Das Deutsche Arzneibuch hat Gesetzescharakter, vgl. H. Hügel: "Pharmazeutische Gesetzeskunde", 17. Aufl. 1970, S. 104; ebenso H. Hasskarl, aaO (Anm. 1) Begrenzung, S. 235 Fußn. 231; vgl. allgemein zum Charakter von Gesetzesanlagen H. Müller MDR 1964/4 ff (5)

3) Anlässlich dieser Ermächtigung hat sich das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 18/407 ff (417 f) zur Frage der Sperrung des Landesgesetzgebers geäußert.

2. für das ganze Gebiet oder Teile des Gebiets einer Gemeinde von zwanzigtausend bis zu fünfzigtausend Einwohnern,
 3. für Teile des Gebiets einer Gemeinde über fünfzigtausend Einwohnern,
 4. unabhängig von der Zahl der Einwohner, für öffentliche Straßen, Wege, Plätze, Anlagen und für sonstige Orte, die von dort aus eingesehen werden können, im ganzen Gebiet oder in Teilen des Gebiets einer Gemeinde durch Rechtsverordnung verbieten, der Gewerbsunzucht nachzugehen. Sie kann das Verbot nach Satz 1 Nr. 4 auch auf bestimmte Tageszeiten beschränken.
- (2) Die Landesregierung kann diese Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf eine oberste Landesbehörde oder höhere Verwaltungsbehörde übertragen.
- (3) Wohnungsbeschränkungen auf bestimmte Straßen oder Häuserblocks zum Zwecke der Ausübung der gewerbsmäßigen Unzucht (Kasernierung) sind verboten".

Diese Ermächtigungen begründen unzweifelhaft die Befugnis ihrer Adressaten, auf dem betreffenden Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung, im Rahmen der Ermächtigung, rechtsetzend tätig zu werden. Fraglich erscheint jedoch, ob durch ein solches, bloß ermächtigendes Bundesgesetz, der Landesgesetzgeber bereits seine Gesetzgebungszuständigkeit verliert, solange und soweit die Ermächtigung reicht, m. a. W., ob, im Verhältnis zum Landesgesetzgeber, nur noch die ermächtigten Exekutivstellen zur Regelung der angesprochenen Fragen der Kriegsopferversorge (Art. 74 Ziff. 10 GG), zur Änderung und Ergänzung des Arzneibuches (Art. 74 Ziff. 19 GG), zur Normierung weiterer Ausnahmen, vom grundsätzlichen Erfordernis einer Aufenthaltserlaubnis für Ausländer (Art. 74 Ziff. 4 GG) und zum Erlass strafrechtlicher Verbote der Gewerbsunzucht (Art. 74 Ziff. 1 GG) zuständig sind. Außerdem wird die Ermächtigung des Bundesgesetzgebers in ihrer Auswirkung auf die Delegationsbefugnis des Landesgesetzgebers zu klären sein.

Der Weg der Untersuchung wird von der Überlegung bestimmt, daß bei der Bestimmung der Wirkung, die Kenntnis der Ursache, eine natürliche Vorbedingung darstellt. Eine Strukturanalyse der gesetzlichen Ermächtigung i. S. v. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG und eine Wesensdeutung der Inhalts-Zweck- und Ausmaßbestimmung i. S. v. S. 2 sind deshalb zweckmäßigerweise die Anfangsstationen einer Ar-

beit, deren Ziel es ist, die Wirkung bundesgesetzlicher Verordnungsermächtigungen auf die Zuständigkeit des Landesgesetzgebers festzustellen. Darauf aufbauend, wird im zweiten Teil der Ausführung versucht, die aufgezeigte Problematik befriedigend zu lösen. Den Abschluß der Arbeit bildet eine thesenartige Zusammenstellung der aufgefundenen Ergebnisse.

Erster Abschnitt

Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen gem. Art. 80 GG

1) Die Zulässigkeit der Ermächtigungen

Die Zulässigkeit gesetzlicher Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen ist heute in Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG verfassungsrechtlich ausdrücklich anerkannt. S. 2 dieser Vorschrift knüpft daran jedoch das Erfordernis einer hinreichenden Bestimmung von Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung. Diese Zulässigkeitsvoraussetzung bildet das Herzstück einer Verordnungsermächtigung im Rechtsstaat.

a) Die grundsätzliche Bedeutung des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG

Dem rechtsstaatlichen Bestimmungsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG kommt insofern grundsätzliche Bedeutung zu, als darin Rechtsgedanken zum Ausdruck kommen, die über diese Bestimmung hinaus von allgemeiner Relevanz sind. Die Vorschrift enthält eine verfassungsgesetzliche Einzelausprägung zweier Grundgehalte des Rechtsstaatsprinzips: der Vorhersehbarkeit und der Gewaltenteilung. Dieses allgemeine Prinzip und sein spezieller verfassungsrechtlicher Bezugspunkt in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG stehen in inhaltlicher Wechselwirkung ⁴⁾.

Der Grundsatz der Bestimmtheit resultiert aus der allgemeinen rechtsstaatlichen Forderung nach Meßbarkeit, Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlicher Machtausübungen, durch die in die Rechtsstellung des Einzelnen eingegriffen wird ⁵⁾. Aus dem Gesetz und nicht erst aus der Rechtsverordnung muß erkennbar sein, was vom Staatsbürger gefordert werden kann, mit welchen Eingriffen er zu rechnen hat ⁶⁾. Letztlich wird damit nichts anderes als der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes zum Ausdruck gebracht, der "Eingriffe in Freiheit und Eigentum" von einer formell-gesetzlichen Grundlage abhängig macht ⁷⁾.

Neben diesem, vornehmlich aus der Sicht des Bürgers relevanten Prinzip der Vorhersehbarkeit, ist der Grundsatz der Bestimmtheit auch ein Postulat des Ge-

4) P. Lerche, Der Betrieb 1969 Beilage Nr. 6/69 S. 2
derselbe: "Übermaß und Verfassungsrecht", 1961, S. 68

5) Maunz-Dürig, "Grundgesetz", Komm., 1971, Art. 20 Rdz. 86 ff;
v. Mangoldt-Klein: "Das Bonner Grundgesetz", Komm., 2. Aufl.

6) BVerfGE 7/282 (302) · 10/251 (258) · 18/52 (61) ; 22/21 (25)

7) D. Jesch, "Gesetz und Verwaltung", 1961, S. 154 ff

waltenteilungsprinzips⁸⁾. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG ist Bestandteil einer dem Grundgesetz eigentümlichen Spielart des klassischen Gewaltenteilungssystems. Diese spezifische Ausprägung der Gewaltenteilung bedeutet eine Erhöhung des orthodoxen Prinzips über die bloß negative Kontrollfunktion hinaus zur positiven Ordnungsfunktion im Sinne einer "rationalisierten und arbeitsteilender Aufgabenerfüllung durch verschiedene Gewaltträger im Staate"⁹⁾. Unter diesem Aspekt beschränkt sich die Rechtsetzung des Parlaments auf die Entscheidungen von grundlegender Bedeutung und materiellem Gewicht, während der Exekutive die konkretisierende Normsetzung und der Erlass von Vorschriften technischer Natur zukommt. Dabei hat aber die exekutive Rechtsetzung unter parlamentarischer Regie zu erfolgen, um den Gesetzgeber als Letzverantwortlichen gegebenenfalls in die Pflicht nehmen zu können.

b) Der Gehalt des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG

Die vorgenannten Zielvorstellungen liegen auch der Vorschrift des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zugrunde. Das Bundesverfassungsgericht¹⁰⁾ sieht den rechtlichen Gehalt des Bestimmtheitsgebotes darin, daß es Sache des Gesetzgebers ist, "die für die Ordnung eines Lebensbereiches entscheidenden Vorschriften selbst zu setzen" und die, der Exekutive überlassenen Einzelregelungen, "nach Tendenz und Ausmaß soweit selbst zu bestimmen, daß der mögliche Inhalt der zu erlassenden Verordnungen voraussehbar ist"¹¹⁾. Auch soweit eine Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Verwaltung erfolgt, soll der parlamentarische Gesetzgeber nicht aus seiner Verantwortung entlassen werden¹²⁾. Deshalb muß er "über den zu regelnden Gegenstand selbst etwas zum Ausdruck gebracht haben"¹³⁾. "Eine gesetzliche Ermächtigung zur Rechtsetzung muß selbst ein Minimum von materieller Regelung enthalten, die dem Ordnungsgeber als "Programm" und als "Rahmen" dienen soll und kann"¹⁴⁾, wenn der "Zweck" der erteilten Er-

8) K. Hesse: "Grundzüge des Verwaltungsrechts der BRD", 4. Aufl. 1970, S. 210; F. Schack DÖV 1962/652 ff (654)

9) Lerche, Der Betrieb 1969 Beilage Nr. 6/69 S. 3; Hesse, aaO (Anm. 8) S. 192 ff, 194, 195 ff

10) Vgl. zur Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG; H. Hasskarl AöR 94 (1969) S. 85 ff

11) BVerfGE 7/282 (301): 23/62 (72); Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 80 Rdz. 13

12) BVerfGE 1/14 ff (60)

13) BVerfGE 20/257 ff (270)

14) BVerfGE 20/257 ff (270)

mächtigung hinreichend bestimmt sein soll. Dem "Zweck" kommt innerhalb der Konkretisierungsklausel der logische Primat zu, "da dieser der Ermächtigung ihre Bedeutung verleiht und deshalb zur näheren Begrenzung von Inhalt und Ausmaß tauglich ist" ¹⁵⁾. Der eigentliche Wert des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG liegt also darin, "daß der Gesetzgeber selbst schon etwas bedacht, etwas gewollt haben muß", daß er eine leitende Sachentscheidung zu treffen hat, die zugleich ein Sachprogramm für die jeweilige Regelungsmaterie darstellt, aus dem hervorgeht, "welche Fragen geregelt werden sollen, innerhalb welcher Grenzen sich diese Regelung bewegen und welchem Ziel sie dienen soll" ¹⁶⁾. Im Rahmen von Art. 80 Abs. 1 GG kommt somit ein "politisch-materialer Gesetzesbegriff" zur Geltung, der einen Kernbereich der legislativen Gesetzgebung von einem Sekundärbereich exekutiver Rechtssetzung scheidet ¹⁷⁾. Somit wird nicht mehr in erster Linie auf die formellen Kriterien einer generellen, abstrakten Regelung abgestellt, sondern auf die inhaltliche Qualifizierung im Sinne allgemeiner, politischer Bedeutsamkeit. Im Gegensatz zu Art. 129 Abs. 3 GG, der auf Grund eines rein formalen Abgrenzungsmerkmals klare und eindeutige Entscheidungen zuläßt, ergibt sich, infolge des materialen Zulässigkeitsmaßstabes im Geltungsbereich des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, eine schwierige, weil vielschichtige und flexible Abgrenzung.

Den verfassungsrechtlichen Hintergrund, vor dem sich im Einzelfall das nähere Maß an Bestimmtheit entscheidet, hat Lerche ¹⁸⁾ dargelegt: "Im Grunde genommen geht es um die Konkurrenz zwischen Erforderlichkeit und Bestimmtheit". "In Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG tritt der Konflikt zwischen dem Bestimmtheitserfordernis und dem Erforderlichkeitsgedanken unmittelbar auf: hier kann eine Lösung nur auf Kosten der vollen Intensität der zwei widerstreitenden Prinzipien ergehen, so daß sie Kompromißcharakter annehmen". "Daher sehen wir keine Generallösung in einer Parallelschaltung aller möglichen Forderungen, die sich alle, für sich betrachtet, rechtsstaatlicher Herkunft rühmen mögen". "Der Zusammenhang des auf die Einzelkonturen bedachtnehmenden, notwendigen Reagierens auf Augenblickslagen mit dem Erforderlichkeitsgedanken, ist ebenso offenkundig wie der Zusammenhang des Gesetzesvorbehalts mit dem Gedanken der Bestimmtheit und der allgemeinen Geltung. Stets wird es daher auf eine schrittweise Ausbalancierung

15) Lerche, aaO (Anm. 136) S. 8

16) B. Wolff AöR 78 (1952/1953) S. 194 ff (198)

17) Ehmke, "Wirtschaft und Verfassung" 1961 S. 78

18) Lerche, aaO (Anm. 4) Übermaß, S. 178, 179;
derselbe: DVBL 1958 / 524 ff (526)

der in diesen Kräften ruhenden, entgegengerichteten Tendenzen nach typischen Stationen ankommen."

Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gebietet nicht eine größtmögliche, sondern lediglich eine "hinreichende" Bestimmtheit der erteilten Ermächtigung.¹⁹⁾ Was aber im Einzelfall als "hinreichend" gewertet werden kann, ist nicht pauschal ein- für allemal nach logischen Kategorien festzulegen. Das jeweils erforderliche Maß an Bestimmtheit wird vielmehr von Fall zu Fall von verschiedenen Kriterien beeinflusst.²⁰⁾

Hierbei kommt der Differenzierung nach dem materiellen Gewicht der untergesetzlichen Regelung²¹⁾, nach der Eigenart des Regelungsgegenstandes²²⁾, nach dem Ermächtigungsanlaß im Verhältnis zum Sozialgewicht der Materie²³⁾, sowie danach, ob eine mehr oder weniger punktuell-erhaltende oder allgemein-gestaltende Regelung²⁴⁾ vorliegt, kompromißentscheidende Bedeutung zu. Diese Abgrenzung nach materiellen Gesichtspunkten ist der üblichen, zudem an einem

19) BVerfGE 8/274 Leitsatz 5

20) Lerche, aaO (Anm. 4) Übermaß, S. 82 f; derselbe, aaO (Anm. 9) S. 4; Ehmke, aaO (Anm. 17), S. 77 f

21) vgl. Lerche, aaO (Anm. 9) S. 4; unter diesem Aspekt besteht ein weites Spektrum der Rechtsetzung von der untergeordneten, bloß ausführenden Detailregelung insbesondere technischer Art bis hin zu den tragenden Grundentscheidungen. Bei den Aus- und Durchführungsverordnungen ist durch die bloße Bezeichnung als solche Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt.

22) In diesem Sinne hat das BVerfG (E 14/174 (185), 7/282 (302) die Auffassung vertreten, daß an die inhaltliche Bestimmtheit einer Ermächtigungsnorm für Eingriffs- und zumal Strafgesetze, strengere Anforderungen zu stellen sind. Zugleich wird aber in E 13/153 (161 f) deutlich, daß die Stärke der Belastung und des Eingriffs nur ein Gesichtspunkt ist, der z. B. bei Steuergesetzen infolge des ebenbürtig rivalisierenden Gesichtspunktes der Steuergerechtigkeit eine kompromißbedingte Einbuße hinnehmen muß.

23) Vgl. K. Schmidt NJW 1952/1239 ff (1240)

24) Diese von Lerche in DVBL 1958/524 ff (532 f) hinsichtlich der speziellen Gesetzesvorbehalte bei Grundrechtsbegrenzungen verwendeten Kriterien, können auch im Bereich des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG fruchtbar gemacht werden.

uneinheitlichen Begriffsverständnis²⁵⁾ leidenden Systematik der Rechtsverordnungen vorzuziehen, die lediglich das katalogisierte Ergebnis im Grunde formaler Maßstäbe darstellt²⁶⁾.

25) Bei der Abgrenzung der "gesetzesvertretenden" zur "gesetzesabhängigen" Rechtsverordnung wird teils auf den gesetzlichen Rang abgestellt, so das BVerfGE 2/330 (334), E. Jacobi HdbDStR 2. Bd. S. 236 ff (248 ¶), Holtkotten, Bonner Komm., Art. 129 Erl. II D 12 d, H. P. Ipsen DVBL 1950/385 ff (389), W. Rubarth NJW 1952/957 ff (958), teils auf dem besonders weiten Umfang, so H. J. Wolff: "Verwaltungsrecht" I 8. Aufl. 1971 § 25 VII b 2 S. 128, teils auf beides, so F. Schack: "Die Verlagerung der Gesetzgebung im gewaltenteilenden Staat", Festschrift für Karl Haff, 1950, S. 332 ff (337), F. Klein: "Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht" in "Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat", 1952, S. 40, E. R. Huber: "Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches" 2. Aufl. 1937/39 S. 254 f, Ch. Peter AöR 92 (1967) S. 357 ff (364)

26) Lerche, aaO (Anm. 24)

2) Die Struktur der Ermächtigung

a) Die Ermächtigung als "konservierende Delegation"

Heinrich Triepel²⁷⁾ sucht das Wesen der Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen vom Begriff der Delegation her zu erfassen. Delegation bedeutet für ihn "Kompetenzverschiebung" und zwar enthalte sie, im strengen Sinne genommen, "gleichzeitig Ab- und Zuschreibung einer Kompetenz, beides auf dem Willen dessen beruhend, der an Zuständigkeit verliert"²⁸⁾. Bei der Delegation von Verordnungsrechten übertrage zwar "der Delegant eine Kompetenz, behalte sich aber vor, nach Gefallen die gleiche Kompetenz auch selbst auszuüben"²⁹⁾. Es handle sich dabei also "nicht um den Verlust einer Zuständigkeit, sondern nur um den Verlust der Ausschließlichkeit einer Kompetenz"³⁰⁾; der Gesetzgeber werde "nicht seiner Gesetzgebungskompetenz, sondern nur seines Gesetzgebungsmonopols entkleidet"³¹⁾. Der Delegant schaffe sich "durch die Übertragung der Zuständigkeit einen Konkurrenten", der eine inhaltsgleiche Zuständigkeit erlange und zwischen denen die "Prävention" entscheide³²⁾. Deshalb sei die Delegation von Verordnungsrechten keine echte, translativ, devolvierende Delegation, sondern eine unechte, konservierende konkurrenzschaffende Delegation.

Diese Qualifizierung der konservierenden Delegation als unechte Delegation beruht auf der Voraussetzung, daß eine echte Delegation im Sinne Triepels die Übertragung einer Zuständigkeit ist, was als "Wechsel der subjektiven Beziehung, identisch ein- und derselben Zuständigkeit" begriffen wird und folglich notwendigerweise einen Kompetenzverlust des Deleganten bewirkt. Diese Struktur einer "Rechtsübertragung" liegt bei der Delegation von Verordnungsrechten offensichtlich nicht vor³³⁾.

Nach Triepel ist jedoch "jede Delegation von Zuständigkeiten eine Änderung der, durch das objektive Recht festgesetzten Zuständigkeitsordnung und setzt eine sol-

27) H. Triepel: "Delegation und Mandat im öffentlichen Recht", 1942

28) Triepel, aaO (Anm. 27) S. 29

29) Triepel, aaO (Anm. 27) S. 53

30) Triepel, aaO (Anm. 27) S. 54

31) Triepel, aaO (Anm. 27) S. 60

32) Triepel, aaO (Anm. 27) S. 54

33) Barbey, "Rechtsübertragung und Delegation", diss. iur., 1962, S. 53, 59, 60

che als bestehend voraus". Da die Delegation objektives Recht ändere, sei sie selbst ein Akt der Rechtsetzung und, falls sie durch Gesetz erfolge, sei dieses Gesetz im formellen und im materiellen Sinne ³⁴⁾. Die Delegation sei selbst "die Regelung einer Materie, nämlich der Kompetenzordnung" ³⁵⁾. Nach geschehener Delegation übe der Delegator "seine eigene, nunmehr vergrößerte Zuständigkeit aus", werde er "in eigenem Namen und unter eigener Verantwortung tätig" ³⁶⁾.

Dieses Strukturverständnis der echten und der unechten Delegation hat im Zusammenhang mit der Wesensdeutung einer Ermächtigung nach Art. 80 Abs. 1 GG Eingang in den überwiegenden Teil der Literatur ³⁷⁾ gefunden.

b) Die Ermächtigung als "organisatorischer Differenzierungsakt"

Gegen die Erfassung des Ermächtigungsvorgangs als "Kompetenzübertragung" hat sich Kuhne ³⁸⁾ ausgesprochen. Die Verfassung führe unter der Herrschaft des Gewaltenteilungsprinzips eine "funktionelle Differenzierung der Staatsgewalt" durch. Die aus dieser Differenzierung hervorgegangenen Funktionen würden, "mit den ihnen entsprechenden Objektbereichen, bestimmten Organen durch einen Akt zugewiesen, der sich als organisatorische Differenzierung" qualifiziere ³⁹⁾. Derart geschaffene Organkompetenzen ließen sich, "als gegeneinander abgegrenzte Bereiche der staatlichen Zuständigkeitsordnung nicht 'übertragen', sondern nur in ihren Grenzen verändern" ⁴⁰⁾. Eine Delegation sei lediglich eine "weitere organisatorische Differenzierung der, durch die Verfassung funktionell und organisatorisch differenzierten Staatstätigkeit und insofern ebenfalls die Schaffung eines begrenzten Organkompetenzbereiches". Soweit der Akt des Verfassungsgesetzgebers organisatorische Differenzierung ist, sei ihm die Delegation völlig

34) Triepel, aaO (Anm. 27), S. 29, 88

35) Triepel, aaO (Anm. 27), S. 91

36) Triepel, aaO (Anm. 27), S. 26

37) v. Mangoldt-Klein, aaO (Anm. 5) Art. 80 Anm. II 3 a, b, S. 1908 f; Klein, aaO (Anm. 25), S. 8, 34, 46, 179, Peter, aaO (Anm. 25) S. 367 f

38) F. Kuhne: "Das Problem der Delegation und Subdelegation von Kompetenzen der Staatsorgane", Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 79 N. F., 1941

39) Kuhne, aaO (Anm. 38), S. 34, 35

40) Kuhne, aaO (Anm. 38), S. 45

wesensgleich⁴¹⁾. Die Delegation verfassungsmäßiger Organkompetenzen stelle sich als "Verschiebung verfassungsmäßig statuerter Kompetenzgrenzen"⁴²⁾ dar, bewirke also eine "Änderung der staatlichen Zuständigkeitsordnung"⁴³⁾.

c) Die Ermächtigung als "Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit"

Gegen den Delegationsbegriff Triepels wendet sich auch Barbey⁴⁴⁾. Organe würden als solche in ihrer spezifischen Existenz durch ihre Zuständigkeit bestimmt und hätten keine, von diesen Zuständigkeiten unabhängige Existenz. Daraus ergebe sich, daß die Delegation keine "Übertragung" von Zuständigkeiten darstellen könne, da dies vor der Übertragung die Existenz des Erwerbssubjekts voraussetze, dieses aber überhaupt erst durch die Übertragung konstituiert werde⁴⁵⁾.

41) Kuhne, aaO (Anm. 38), S. 35 ff; Dem Einwand, daß man nur eine Kompetenz delegieren könne, die man kraft der Verfassung bereits habe, daß dementsprechend die Verfassung selbst nicht delegiere, sondern Kompetenzen unter den verschiedenen Staatsorganen aufteile, wird entgegengehalten, daß alle Differenzierung ein "Aufteilen" sei. Die Unterscheidung des organisatorischen Differenzierungsaktes der Verfassung und des Delegationsaktes sei nicht wesensbedingt, sondern willkürlich-terminologisch hinsichtlich der Akte, für die das Problem der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit bestehe (S. 36, S. 37, Fußn. 8)

42) Kuhne, aaO (Anm. 38), S. 39 unter Hinweis auf Z. Giacometti: "Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation", 1928, S. 25, 28

43) Kuhne, aaO (Anm. 38), S. 41; Die Auffassung der Kompetenz als subjektives Recht, wie Triepel, aaO (Anm.) sie vertritt und die entsprechende Konstruktion der Delegation als "Übertragung" dieses Rechts, wird als unhaltbare "Infiltration" zivilistischer Vorstellungen abgelehnt. Damit werde nicht das Wesen des Delegationsvorgangs selbst untersucht, sondern lediglich ein feststehender, fremder Begriff an den öffentlich-rechtlichen Organisationsakt herangetragen (S. 53, 44, 45, 49)

44) Barbey, aaO (Anm. 33)

45) Barbey, aaO (Anm. 33), S. 48 ff

Seiner Ansicht nach wird das Wesen der Delegation nicht durch eine "Rechtsübertragung" bestimmt, sondern durch die Begründung einer - den grundgesetzlich statuierten, regelmäßigen Zuständigkeiten gleichen - außerordentlichen Zuständigkeit⁴⁶⁾. Außerordentlich sei eine Kompetenz, wenn die kompetenzbegründende Norm inhaltlich im Widerspruch zu einer Zuständigkeitsnorm höheren Ranges stehe, jedoch ausnahmsweise, kraft einer Norm vom Range mindestens dieser Regelnorm, Geltung erlangen könne. Die "Regelnorm" begründe, zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe, eine regelmäßige, ordentliche und als solche ausschließliche Zuständigkeit eines oder mehrerer Subjekte. Eine "delegierende Norm" sei dadurch qualifiziert, daß sie von niedrigerem Range als die "Regelnorm" sei und den, in dieser organisatorisch geregelten Aufgabenbereich anderen, durch die Regelnorm ausgeschlossenen Subjekten zuweise⁴⁷⁾. Die Änderung der verfassungsgesetzlich festgelegten Zuständigkeitsordnung trete somit nicht auf dem regelmäßigen Wege einer Verfassungsänderung, sondern auf dem außerordentlichen Wege der Delegation ein⁴⁸⁾.

In ähnlicher Weise stellt sich für Peters⁴⁹⁾ die Ermächtigung dar als eine "Übertragung von Befugnissen, kraft deren ein Staatsorgan im eigenen Namen Maßnahmen treffen darf, die im Regelfall, nach der Zuständigkeitsordnung, einem anderen Machsträger zustünden"⁵⁰⁾.

d) Die Ermächtigung als "Begründung einer irregulären Zuständigkeit" durch einen "organisatorischen Differenzierungsakt"

Die richtige Annahme der Begründung einer "Ausnahmezuständigkeit" kennzeichnet lediglich das Resultat der Ermächtigung, den fertigen Akt und das rechtstechnische Mittel, also gleichsam den äußeren Tatbestand, nicht aber das "agere", die innere Struktur des Vorgangs selbst. Auch Triepel vermag letztlich nur das Geschehene, die Tat festzustellen, nicht aber das Geschehen, die Tätigkeit an sich, zu analysieren. Diesbezüglich ist seiner Lehre allenfalls zu entnehmen, was die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nicht ist, nämlich keine

46) Barbey, aaO (Anm. 33) S. 62 ff (67, 83)

47) Barbey, aaO (Anm. 33) S. 77

48) Barbey, aaO (Anm. 33) S. 80

49) H. Peters: "Die staatsrechtliche Ermächtigung", 1950, S. 840

50) Auf eine irreguläre Zuständigkeit stellen auch ab: H.J. Wolff: "Verwaltungsrecht" II, 3. Aufl. 1970, § 72 IV b 2 S. 23; E. Roethe AöR 20 (1931) S. 194 ff (202); Doehl AöR 12 (1927) S. 37 ff (86); Laband: "Das Staatsrecht des Deutschen Reiches", 2. Bd. 5. Aufl., 1911, S. 64, 89

echte Delegation im Sinne einer "Übertragung", eines "Ab- und Zuschiebens von Kompetenzen" und, trotz ausdrücklicher Verneinung, letztthin wohl doch einer Zession subjektiver Rechte. Während also die Definition der echten Delegation den Vorgang selbst zu erklären durchaus in der Lage ist ⁵¹⁾, kommt der Qualifizierung der Verordnungsermächtigung als unechter, konservierender Delegation, rein terminologische Bedeutung zu, die keinerlei positive Strukturaussage enthält. Mit der zutreffenden Erkenntnis, der Gesetzgeber werde seines Gesetzgebungsmonopols entkleidet, ist nichts über die Qualität dieses Aktes gesagt.

Aus der Einsicht in die qualitative Verschiedenheit des zivilrechtlichen und des organisationsrechtlichen Sachverhalts, hat Kuhne einen eigenständigen, öffentlich-rechtlichen Begriff der "Gesetzesdelegation" entwickelt, der diesen Vorgang nicht als "vereinzelte Handlung einzelner Organe mit Bezug auf vereinzelte Kompetenzen" begreift, sondern ihn in Relation bringt zu der, von ihm vorausgesetzten, staatlichen Zuständigkeitsordnung und aus diesem "zusammenhängenden Ganzen" heraus das Wesen der Delegation im dargestellten Sinne richtig erfaßt ⁵²⁾.

Eine umfassende rechtliche Würdigung der Ermächtigung muß sowohl auf den Vorgang selbst als auch auf dessen Ergebnis abstellen. Erst beide Faktoren zusammen ermöglichen ein volles Verständnis dieses Rechtsinstituts. Im Zuge dieses Vorgehens und im Hinblick auf mögliche oder notwendige Konsequenzen aus der gewonnenen Strukturanalyse, ist ein Vergleich mit den entsprechenden verfassungsgesetzlichen Gegebenheiten angebracht.

Während Barbey das Wesen der Ermächtigung primär vom äußeren Tatbestand und vom Ergebnis her zu klären versucht, steht bei Kuhne die qualitative Beschaffenheit des Vorgangs selbst im Vordergrund. Auf Grund ihrer unterschiedlichen Bezogenheit sind beide Auffassungen nicht in einem widersprüchlichen, sondern in einem ergänzenden Sinne zu verstehen. Die Ermächtigung ist demnach ein "organisatorischer Differenzierungsakt", der die Begründung einer "außerordentlichen Zuständigkeit" und somit eine "Änderung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung" zur Folge hat.

Ein Vergleich dieses Delegationsaktes mit dem organisatorischen Differenzie-

51) ob zutreffend mag dahingestellt bleiben, da es hier um das Wesen der Verordnungsermächtigung geht, die von Triepel aber gerade aus dem Begriff der echten Delegation ausgeschieden wurde, vgl. aaO (Anm. 27), S. 53, 60

52) Kuhne, aaO (Anm. 38) S. 16

rungsakt der Verfassung ergibt eine völlige Wesensgleichheit. Der Unterschied liegt nicht in der Struktur des Vorganges, sondern in der Frage der Zulässigkeit, auf die in späteren Erörterungen noch ausführlich einzugehen sein wird. Für ein solches Verständnis der Ermächtigung streitet auch Art. 55 der Bayerischen Verfassung. Gem. Ziff. 2 S. 2 dieser Vorschrift, sind die Staatsregierung und die einzelnen Staatsministerien zum Erlaß von Ausführungsverordnungen zuständig. Rechtsverordnungen, die über den Rahmen einer Ausführungsverordnung hinausgehen, bedürfen dagegen gem. Ziff. 2 S. 3 einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung. Es bleibt in der Tat zivilistischen Vorstellungen vorbehalten, zwischen der verfassungsgesetzlichen Zuweisung eines Aufgabenbereiches und der einfach-gesetzlichen Zuteilung im Wege der Ermächtigung einen wesensmäßigen, strukturellen Unterschied zu konstruieren. Der einzige Grund dafür, daß die Bayerische Verfassung einmal selbst die Zuweisung von Kompetenzen vornimmt, ein andermal die Begründung solcher Zuständigkeiten aber dem einfachen Gesetzgeber überläßt, liegt darin, daß die Bestimmtheit nach Inhalt, Zweck und Ausmaß gem. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, die über Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG auch im Bereich der Landesverfassungen Geltung beansprucht, im Falle der Zuweisung von Kompetenzen zum Erlaß von Ausführungsverordnungen, allein durch die Titulierung als solche ein- für allemal festgelegt werden kann, während die Kompetenz zum Erlaß von Rechtsverordnungen, die über bloße Ausführungsverordnungen hinausgehen, wie berichtet, nur von Fall zu Fall und unter Berücksichtigung der oben genannten, verschiedenen Kriterien, "hinreichend" bestimmt werden kann.

Ein Vergleich der durch die Ermächtigung begründeten "regelwidrigen Zuständigkeit" des Delegators mit der Kompetenz des Deleganten zeigt, daß auch insoweit Inhaltsgleichheit besteht. Der Unterschied beider Kompetenzen liegt nur in der "Distanz zur Verfassung". Die gesetzesbegründeten Zuständigkeiten sind im Verhältnis zur Verfassung lediglich durch das Gesetz "mediatisiert"⁵³⁾. Also auch vom fertigen Akt her gesehen, bewirkt die gesetzliche Ermächtigung genau das gleiche wie die ihm vorgegebenen, entsprechenden Bestimmungen des Grundgesetzes.

Als Ergebnis dieses ersten Abschnittes sind vor allem zwei Punkte festzuhalten:

Die bundesgesetzliche Ermächtigung gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG ist eine einfach-gesetzliche Zuständigkeitsnorm, die, im Wege organisatorischer Differen-

⁵³⁾ Kuhne, aaO (Anm. 38) S. 17

zierung, eine irreguläre Zuständigkeit des Ermächtigungsadressaten begründet. Inhalt, Zweck und Ausmaß, deren Bestimmung gem. S. 2 erforderlich ist, sind dagegen keine bloßen Kompetenzgesichtspunkte, unter denen die Kompetenzzuweisung gem. S. 1 erfolgt. Ihre Festlegung im ermächtigenden Gesetz ist vielmehr bereits eine materielle Regelung des betreffenden Gegenstandes der konkurrierenden Gesetzgebung.

Zweiter Abschnitt

Sperrung des Landesgesetzgebers durch bundesgesetzliche Ermächtigungen im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung?

I Die bundesgesetzliche Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen im Verhältnis zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern.

- 1) Ausschluß der Länder von der Gesetzgebungszuständigkeit unmittelbar durch die bundesgesetzliche Ermächtigung in Verbindung mit Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG?

Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung erfolgt die Änderung der Zuständigkeitsordnung zwischen Bund und Ländern im Normalfalle durch Art. 72 Abs. 1 GG i. V. mit einer materiell-gesetzlichen Regelung des Bundes. Der Verlust der Länderkompetenzen ist also eine verfassungsgesetzliche Folge der bundesgesetzlichen Regelung. Im Sonderfall einer bundesgesetzlichen Ermächtigung ist die nachgewiesene Änderung der Zuständigkeitsordnung jedoch keine grundgesetzliche Folge, sondern Gegenstand der einfach-gesetzlichen Regelung selbst. Sollte die Änderung der konkurrierenden Gesetzgebung, also der bundesstaatlichen Kompetenzordnung, den Gegenstand einer Verordnungsermächtigung ausmachen, so wäre Art. 80 Abs. 1 GG i. V. m. der bundesgesetzlichen Ermächtigung eine bundesstaatliche Kompetenzverteilungsvorschrift die, selbständig und unabhängig von Art. 72 GG, die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder beseitigen könnte.

Die hier also entscheidende Frage, welche Zuständigkeitsordnung durch eine gem. Art. 80 Abs. 1 GG ergehende Verordnungsermächtigung Verschiebungen erfährt, ist bei der oben angestellten Strukturanalyse bewußt im Unklaren geblieben. Die begriffliche Erfassung der Ermächtigung als eines organisatorischen Differenzierungsaktes, der die Begründung einer irregulären, außerordentlichen Zuständigkeit und somit eine Änderung der bestehenden, regulären, ordentlichen Zuständigkeitsordnung bedeutet, ermöglicht einen einheitlichen Begriff der gesetzlichen Ermächtigung, der sowohl Verordnungsermächtigungen als auch sonstige, gesetzliche Ermächtigungen erfaßt. Dies deshalb, weil jede Begründung von Zuständigkeiten im Wege der Differenzierung erfolgt und weil die Änderung jeder regelmäßigen Zuständigkeitsordnung definitionskonform ist⁵⁴⁾. Es bedarf deshalb der Spezifizierung dieser beiden Punkte für den Fall einer Verordnungsermächtigung.

54) Die Ermächtigung betrifft eine bestimmte Art der Einräumung einer Zuständigkeit, unabhängig von der Art dieser Zuständigkeit.

Der Begriff der Gesetzgebungszuständigkeit wird in mehrdeutiger Weise gebraucht und teilweise ohne rechtes, begriffliches Bewußtsein auf mehrere Sachverhalte angewandt. Man kann darunter einmal die Gesetzgebungsgewalt als Ergebnis der funktionellen Teilung der Staatsgewalt verstehen, zum andern die Zuständigkeit der diese Gesetzgebungsgewalt ausübenden Organe als Ergebnis der innerstaatlichen Kompetenzverteilung und schließlich die Gesetzgebungsbefugnis des Glied- bzw. Zentralstaates als Ausfluß der bundesstaatlichen Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten⁵⁵⁾.

Diese verschiedenen Sinngehalte sind zu beachten, um die unterschiedlichen Ebenen, auf denen sich die Kompetenzverschiebung abspielen kann, auseinanderzuhalten. Im Wege der Ermächtigung ist eine Änderung der Zuständigkeitsordnung sowohl zwischen Bund und Ländern, zwischen Zentral- und Gliedstaat als auch zwischen den verschiedenen Organen innerhalb ein- und desselben Staates, also innerhalb des Bundes bzw. der Länder möglich. Der bundesstaatliche Aufbau der BRD bedingt zwei verschiedene Stufen der Gewaltenteilung: die "horizontale Gewaltenteilung" als arbeitsteiliges Organisationsprinzip innerhalb des Bundes bzw. der Länder und die "vertikale Gewaltenteilung" infolge der Verteilung und Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Zentral- und Gliedstaat. Die an sich bestehende, prinzipielle Begrenzung der verfassungsrechtlich festgelegten Zuständigkeiten innerhalb eines Staates, wird im Bundesstaat nur durch eine weitere Begrenzung überlagert und verstärkt⁵⁶⁾. Dementsprechend grenzen die Art. 70-75 GG die Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern ab⁵⁷⁾, während die Art. 76 ff GG bzw. die einschlägigen Bestimmungen der Länderverfassungen⁵⁸⁾ innerhalb des Bundes bzw. der Länder, die Zuständigkeiten zur Wahrnehmung der Bundes- resp. Landeskompentenz, bestimmten Organen, den sog. gesetzgebenden Körperschaften, regelnd zuweisen⁵⁹⁾. Ganz im Sinne dieser Unterscheidung sind auch die Ermächtigungen gem. Art. 80 GG zu verstehen.

Art. 71 GG trifft den Fall, daß die regelmäßige Zuständigkeitsordnung, wie sie vom Grundgesetz zwischen Zentral- und Gliedstaat gem. Art. 70 ff GG statuiert

55) W. Rudolf AöR 88 (1963) S. 159 ff (174)

56) Hesse, aaO (Anm. 8), S. 197; E. Forsthoff: "Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat", 1931, S. 31

57) Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5), Art. 73 Rdz. 6; v. Mangoldt-Klein aaO (Anm. 5), Vorbem. zu Art. 70 Anm III, 3 S. 1346

58) z.B. Art. 70 ff Bay. Verf.

59) Barbey, aaO (Anm. 33) S. 25 Fußn. 19

wurde, dadurch verändert wird, daß sich die ursprüngliche und selbständige Landesstaatsgewalt, die der Bund gelegentlich einer gesetzlichen Ermächtigung bereits vorfindet, auf neue, vom Bund delegierte Zuständigkeitsbereiche, erstreckt⁶⁰⁾. Ermächtigungsadressat ist das Land, der Gliedstaat als solcher. Diese Zuständigkeit wird dann innerhalb des Landes von den, nach Landesverfassungsrecht regelmäßig oder, nach einfachem Landesgesetz ausnahmsweise, zuständigen Landesorganen wahrgenommen.

Im Gegensatz dazu bezieht sich die Ermächtigung der Bundesregierung oder eines Bundesministers gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG lediglich auf die innerstaatliche Organisation des Bundes⁶¹⁾. Die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes und damit gem. Art. 70, 72 Abs. 1 GG auch diejenige der Länder, wird durch diese bundesgesetzliche Ermächtigung als solcher unmittelbar nicht berührt. Die Bestimmung, welches Organ zur Wahrnehmung derselben befugt ist, hat auf deren Bestand in den vom Grundgesetz gezogenen Grenzen keine selbständige und direkte Einwirkung. Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes gem. Art. 70 ff GG wird im Regelfalle gem. Art. 76 ff GG von Bundestag und Bundesrat wahrgenommen⁶²⁾. Durch die Ermächtigung gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG wird eine von der Regelzuständigkeit dieser gesetzgebenden Körperschaften abweichende Ausnahmezuständigkeit der ermächtigten Bundesorgane begründet. Die Zuständigkeitsverschiebung findet demnach nicht auf der Bund - Länder - Ebene statt, also nicht zwischen Zentral- und Gliedstaat, sondern lediglich innerhalb des Bundes, also auf staatsintern-organisatorischer Stufe. Der regelmäßigen Zuständigkeit des Bundestags zur Wahrnehmung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, der Mitwirkung des Bundesrates in Form von Einspruch oder Zustimmung, dem dabei zu beobachtenden Verfahren, der Ausfertigung und Verkündung sowie dem Inkrafttreten, wie sie in Art. 76, 77, 78, 82 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 GG geregelt sind, entspricht die Neufestsetzung der außerordentlichen, unregelmäßigen Zuständigkeit der Bundesregierung bzw. eines Bundesministers durch einfach-gesetzliche Ermächtigung gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG, der Beteiligung des Bundesrates gem. Art. 80 Abs. 2 GG, der Ausfertigung, Verkündung und des Inkrafttretens gem. Art. 82 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 GG. Das Grundgesetz hält zur Erfüllung einer gesetzgeberischen Aufgabe also mehrere organisatorische Möglichkeiten bereit, wobei es die eine kraft eigener Bestimmung unmittelbar selbst vorsieht, und es

60) Rudolf, aaO (Anm. 55) S. 174 f

61) Doehl, aaO (Anm. 50), S. 86

62) Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 70 Rdz. 3

hinsichtlich der anderen gem. Art. 80 Abs. 1 GG dem einfachen Bundesgesetzgeber überläßt, andere als die nach der Verfassung regelmäßig zuständigen Gesetzgebungsorgane mit der Wahrnehmung der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes zu betrauen.

Auf Grund der Verschiedenartigkeit der Bezugsebenen beurteilt sich die Gesetzgebungskompetenz der Länder nach wie vor allein nach Art. 72 Abs. 1 GG, unabhängig davon, welches Organ innerhalb des Bundes dessen Gesetzgebungskompetenz wahrnimmt.

Entsprechendes gilt auch für die bundesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung. Ist man der Ansicht, daß die bundesgesetzlich ermächtigte Landesregierung beim Erlass der Verordnungen als Bundesorgan tätig wird, daß also zur Wahrnehmung der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes neben dem Bundestag, als ordentlichem Bundesgesetzgebungsorgan, auch die Landesregierung, als außerordentliches Rechtsetzungsorgan des Bundes, zuständig ist, so muß konsequenterweise hinsichtlich aller, in Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG genannter Ermächtigungsadressaten, eine einheitliche Behandlung erfolgen, da auch durch die Einverleibung der Landesregierung in die Bundesorganisation lediglich ein Bundesorgan konstituiert wird. Die Besonderheit, daß sich der Bund bei der Gestaltung der Bundesorganisation zulässigerweise eines Landesorgans bedient, ändert nichts daran, daß es sich auch in diesem Falle um eine rein bundesinterne Organisationsregelung handelt. Da ein Organ in seiner spezifischen Qualität erst und gerade durch seine Zuständigkeit bestimmt wird⁶³⁾, besteht zwischen der Kompetenzzuteilung an die Bundesregierung und der Zuständigkeitseinweisung der Landesregierung kein qualitativer Unterschied. Geht man jedoch davon aus, daß die bundesgesetzlich ermächtigte Landesregierung Landesorgan bleibt, so wird die Landesgesetzgebungszuständigkeit unmittelbar durch das ermächtigende Bundesgesetz gleichfalls nicht betroffen, da dieses selbst keine Änderung der zwischenstaatlichen, sondern nur der innerstaatlichen Kompetenzordnung des Landes bewirkt. Ermächtigungsadressat ist also nicht das Land, sondern die Landesregierung, nicht der (Glieder-) Staat, sondern das (Glieder-) Staatsorgan⁶⁴⁾.

Somit kommt der bundesgesetzlichen Ermächtigung gem. Art. 80 Abs. 1 GG als

63) Barbey, aaO (Anm. 33) S. 49 ff

64) Vgl. zu dieser Unterscheidung zwischen der Zuständigkeit des Staates und derjenigen des Staatsorgans Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 84 Rdz. 15, 16, Art. 85 Rdz. 17, Art. 50 Rdz. 6; Barbey, aaO (Anm. 33) S. 25

solcher keine selbständige, unmittelbar kompetenzentscheidende Bedeutung im Bund - Länder - Verhältnis zu. Die Konkurrenz der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern entscheidet sich auch in diesem Falle nach Art. 72 Abs. 1 GG.

2) Der Ausschluß der Länder von der Gesetzgebungszuständigkeit gem. Art. 72 Abs. 1 GG?

a) Zuständigkeitsverlust der Länder auf Grund der bundesgesetzlichen Regelung?

aa) Vollständigkeit der der Verordnung zugrunde liegenden bundesgesetzlichen Regelung?

Enthält das Bundesgesetz selbst bereits eine vollständige und erschöpfende Regelung der Materie, so tritt der Verlust der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder gem. Art. 72 Abs. 1 GG schon auf Grund dieser bundesgesetzlichen Regelung ein, ohne daß es auf die bundesgesetzliche Ermächtigung gem. Art. 80 Abs. 1 GG noch ankäme.

Schack ⁶⁵⁾ und Klein ⁶⁶⁾ sehen das Wesen der gesetzesabhängigen Verordnung, also der Ausführungsverordnung, der gesetzesanwendenden Verordnung und, soweit sie nicht bloße Verwaltungsvorschrift ist, der Organisationsverordnung, in Abgrenzung gegenüber der gesetzesvertretenden Verordnung unter anderem darin, daß das zugrunde liegende Gesetz eine "vollständige materielle Regelung enthält ⁶⁷⁾". Die Eigenart der Ausführungsverordnungen bestehe darin, "daß sie die nähere Spezialisierung der, im Gesetz selbst enthaltenen Bestimmungen vollziehen". Sie sollen lediglich das, was im Gegensatz bereits enthalten ist, näher ausführen und so das Gesetz, nach dem von ihm selbst geäußerten Willen verlängern. "Die Verordnung soll wollen, was das Gesetz will: alles, aber nicht

65) Schack, aaO (Anm. 25), S. 337 ff, 349; zurückgehend auf Huber, aaO (Anm. 25) § 21 S. 251 ff

66) Klein, aaO (Anm. 25) S. 42 ff

67) Vgl. auch D. Haas DVBL 1954/241 ff (243); P. Tilmann: "Rechtsverordnungen der Landesregierungen auf Grund bundesgesetzlicher Ermächtigung", diss. iur., Münster 1959

mehr" ⁶⁸⁾. Die gesetzesausführenden Verordnungen seien "Hilfsfunktionen der Gesetzgebung, indem sie das Gesetz differenzieren und spezialisieren". Bei den gesetzesanwendenden Verordnungen "als Mittel der Verwaltung" handle es sich nicht um die "Ausführung des Gesetzes, d. h. um Einzelausprägung des gesetzgeberischen Willens", sondern um die Vollziehung des Gesetzes, wobei der Verordnungsgeber eine selbständigere Stellung" habe als bei den Ausführungsverordnungen. Bei den Ausführungsverordnungen gehe es darum, "die Grenze für ein zu weitgehendes Ordnungsrecht in der Weiterbildung des gesetzgeberischen Willens" zu suchen, während bei den gesetzesanwendenden Verordnungen "die Bestimmung der Grenze von dem Umfang der Exekutivfunktion des betreffenden Organs" bestimmt werde ⁶⁹⁾. In beiden Fällen aber habe bereits das zugrunde liegende Gesetz eine vollständige, materielle Regelung getroffen.

Zwar ist es von der Sache her durchaus angemessen, den Erlaß gesetzesanwendender Verordnungen als Gesetzesvollziehung zu begreifen, doch kann von einer erschöpfenden materiellen Regelung des zu vollziehenden Gesetzes keine Rede sein. Gerade die gesetzesanwendenden Verordnungen beruhen häufig auf Blankettermächtigungen, die praktisch keine sachliche Entscheidung hinsichtlich der im Ordnungswege zu regelnden Materie enthalten ⁷⁰⁾. Selbst wenn man unter "materieller Regelung" lediglich eine "substantielle Regelung" verstehen wollte, könnte eine vollständige materielle Regelung nicht angenommen werden.

Was für die gesetzesanwendenden Verordnungen evident ist, nämlich das Fehlen einer erschöpfenden gesetzlichen Regelung, gilt ebenso für die Ausführungsverordnungen. Fonk ⁷¹⁾ weist darauf hin, daß "der Umstand, daß das zugrunde liegende Gesetz noch keine oder keine vollständige materielle Regelung enthalte, "Merkmal eines jeden, eine Ermächtigungsnorm enthaltenden Gesetzes" sei.

68) Schack, aaO (Anm. 25), S. 349 f, 353 f; G. Anschütz: "Grundzüge des Deutschen Staatsrechts" 1903, S. 607

69) Schack, aaO (Anm. 25) S. 355, 356, 358

70) Lerche ist der Auffassung, daß sich die hier, "mitunter als vorgegeben behauptete Untauglichkeit zu spezialisierter Regelung zu gutem Teil als eingefrorene Übergangs- u. Kompromißstation in der Entwicklung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung herausstellt, die nunmehr, wegen der zwischenzeitlich erfolgten Ausbildung eines Präjudizienrechts und gewohnheitsrechtlicher Sätze nicht mehr aufgetaut zu werden braucht", vgl. aaO (Anm. 24) S. 532 Fußn. 84

71) H.J. Fonk DÖV 1958/20 ff (22 Fußn. 22)

"Warum sollte das Gesetz, wenn es eine vollständige materielle Regelung enthält, noch zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen? Gerade die Ermächtigung ist Beweis dafür, daß weitere Regelungen notwendig sind oder zumindest zugelassen werden sollen" ⁷²⁾.

Auch wenn man den Gebrauch dieser Ermächtigungen als Spezifizierung und Detaillierung des Gesetzes versteht, so ist damit doch nicht gesagt, daß bereits das Gesetz selbst gerade die von der Exekutive getroffene Detailregelung beinhaltet. Anders als beim Erlass von Verwaltungsakten ist die Verwaltung bei Rechtssetzungsakten nicht an eine übergeordnete Sachnorm gebunden, in dem Sinne, daß sie dieser, im Wege der Konkretisierung, ihre Entscheidung zu entnehmen hätte. Weder das, die Ermächtigung enthaltende Bundesgesetz, noch die Ermächtigung selbst, stellen eine solche total präjudizierende inhaltliche Normierung dar. Die Verwaltung unterliegt nur bei Ausübung ihrer administrativen Gewalt der doppelten Beschränkung, daß erstens der Akt durch das angewandte Gesetz gedeckt sein muß und daß zweitens eine Zuständigkeit zum Erlass dieses Aktes vorliegen muß. Bei der rechtsetzenden Tätigkeit der Verwaltung ist der Unterschied zwischen einer "legitimierenden Zuständigkeitsnorm" und einer zu "konkretisierenden Sachnorm" nicht existent, m. a. W. ein Verwaltungsakt kann sowohl wegen fehlender Zuständigkeit als auch wegen eines inhaltlichen Widerspruchs zu einer übergeordneten Sachnorm nichtig sein, eine Rechtsverordnung dagegen immer nur wegen Überschreitung der Zuständigkeit ⁷³⁾. "Die Verordnung ist sachlich autonom", d. h. die Rechtssetzungsakte der Exekutive werden nicht durch das Bundesgesetz oder die Ermächtigungsnorm inhaltlich vorausbestimmt, sondern vom Verordnunggeber innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit frei gesetzt.

Die Ermächtigung gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG stellt als solche lediglich eine Zuständigkeitsnorm dar, die der Exekutive ausnahmsweise die Wahrnehmung von Gesetzgebungsbefugnissen auf den z. B. in Art. 74 GG aufgeführten Gebieten zuweist, die nach der verfassungsgesetzlichen Regelzuteilung normalerweise den ordentlichen Gesetzgebungsorganen obliegt. Sie enthält deshalb ebensowenig wie die grundgesetzlichen Zuständigkeitsnormen eine, den Ermächtigungsadressaten inhaltlich bindende, präjudizierende Sachnorm. Die Parallelität beider Erschei-

72) ebenso BVerfGE 18/407 ff (417 ff);
B. Wolff, aaO (Anm. 16) S. 207; Hasskarl, aaO (Anm. 1) Begrenzung,
S. 235: Die Verordnungsermächtigung dient zur Ausfüllung einer, vom
Gesetzgeber offen gelassenen Regelungslücke;
Lerche, aaO (Anm. 24) S. 530, Fußn. 67

73) Roethe, aaO (Anm. 50) S. 201 f

nungen wird allerdings dadurch verschleiert, daß die Ermächtigung eine irreguläre Zuständigkeitsverschiebung bewirkt, die, weil sie nur ausnahmsweise und lediglich in den Grenzen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG erfolgen kann, die falsche Vorstellung erweckt, als ob dadurch der Inhalt der zu erlassenden Verordnung im ermächtigenden Gesetz sachlich bereits enthalten sei⁷⁴⁾. Eine Ermächtigung gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG ist zwar nur zulässig, wenn sie den Anforderungen von S. 2 entspricht, doch die Inhalt-, Zweck- und Ausmaßbestimmung, die entweder ausdrücklich im Text der Ermächtigung selbst erfolgen kann oder im Wege der allgemeinen Auslegungsgrundsätze, insbesondere unter Heranziehung des "Sinnzusammenhangs der Norm mit anderen Vorschriften" zu ermitteln ist, qualifiziert sich nicht als bindende Sachnorm im Sinne einer Rechtsquelle, aus der der Verordnungsgeber gleichsam den Inhalt seiner Verordnungen "schöpfen" kann. Richtig ist nur, daß Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG mehr verlangt als eine bloße Eingrenzung des zu regelnden Gebiets. Der Vorschrift ist damit nicht Genüge getan, gleichviel ob dem Verordnungsgeber das ganze Familienrecht oder lediglich das Scheidungsrecht überlassen wird⁷⁵⁾. Die Frage, wieviel mehr, ist in den vorangegangenen Erörterungen bereits ausführlich dahingehend beantwortet worden, daß der Gesetzgeber die prinzipielle, politisch bedeutsame Sachentscheidung zu treffen hat, die dem Verordnungsgeber als "Rahmen", als "Programm" dienen soll. Diese Sachentscheidung ist zugleich eine "delegationsrechtlich-begrenzende Entscheidung"⁷⁶⁾. Die Ermächtigung nach Art. 80 Abs. 1 GG besteht also notwendigerweise aus einer Kombination zweier Elemente: der reinen Zuständigkeitsregelung gem. Satz 1 und der Sachentscheidung gem. Satz 2, wobei der letzteren aber wiederum zugleich zuständigkeitsbestimmende Bedeutung zukommt, als den betreffenden Organen von vornherein überhaupt nur innerhalb des vom ordentlichen Gesetzgeber vorgezeichneten Rahmens die Kompetenz zur Wahrnehmung der Gesetzgebungsbefugnisse konstitutiv zugewiesen wird⁷⁷⁾. Ermächtigungen als bloße Be-

74) Roethe, aaO (Anm. 50) S. 202

75) B. Wolff, aaO (Anm. 16) S. 196

76) Lerche, aaO (Anm. 24) S. 527 ff, 529, 530 ist der Meinung, daß der Vorbehalt des Gesetzes i. S. v. Art. 80 GG, im Gegensatz zu den speziellen Gesetzesvorbehalten einzelner Grundrechte ("durch Gesetz"), keine "zumindest verdichtbare, also konkretisierungsfähige Sachentscheidung" erfordert. Es handle sich dabei nur um "zwei wesensverschiedene Ausprägungen des Konkretisierungsgedankens".

77) Die Meinung von Hasskarl, aaO (Anm. 1) Begrenzung S. 56 Art. 80 Abs. 1 S. 2 stelle gegenüber S. 1 wieder eine Verengung dar, ist insofern richtig, als sie die zuständigkeitsbestimmende Bedeutung der Inhalt-, Zweck- und Ausmaßbestimmung bejaht.

gründung einer irregulären Zuständigkeit, als bloße Einweisung in "Gebiete" der konkurrierenden Gesetzgebung im Sinne von Art. 74 GG, wie sie nach Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG an sich möglich wären, werden somit durch Satz 2 verhindert. In dieser Koppelung von Zuständigkeits- und Sachentscheidung liegt der wahre Wert dieser Bestimmung. Wie diese Sachentscheidung auch immer ausfallen mag, sie stellt jedenfalls keine übergeordnete Sachnorm in dem Sinne dar, daß die Verordnung selbst, lediglich die dem Gesetz immanenten, von vornherein in ihm enthaltenen Entscheidungen gleichsam nur sichtbar macht, daß sie latente Gesetzesinhalte bloß bewußt macht und diese nur in eine äußere Form kleidet. Infolge des Doppelcharakters der Sachentscheidung gem. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, wird zwar die Zuständigkeit des Ordnungsgebers, nicht aber der Inhalt der Verordnung bestimmt, wenngleich ihr möglicher Inhalt stets hinreichend voraussehbar sein muß. Da sich das Prinzip der Voraussehbarkeit aber nicht immer in seiner reinen Form verwirklichen läßt, sondern im Einzelfall, durch die Konkurrenz gleichrangiger, aber widersprechender Verfassungsgrundsätze eine kompromißbedingte Gehaltseinbuße hinnehmen muß⁷⁸⁾, ist es dem Bundesgesetzgeber häufig gar nicht möglich, die sehr mannigfaltigen potentiellen Inhalte der zu erlassenden Verordnungen in seinen Willen aufzunehmen und diesen im Gesetz zu manifestieren. Rechtsquelle ist somit nicht das Gesetz, sondern die Verordnung. Wer dennoch glaubt, die vom Ordnungsgeber getroffene Entscheidung ergebe sich inhaltlich bereits aus der bundesgesetzlichen Regelung, einschließlich der Inhalt-, Zweck- und Ausmaßbestimmung, läßt die Unterscheidung von Zuständigkeit und inhaltlicher Normierung in mißbräuchlicher Weise ineinander übergehen⁷⁹⁾. Das zum Erlaß von Ausführungsverordnungen ermächtigende Gesetz ist vielmehr in dem Sinne restriktiv auszulegen, daß es die dem Ermächtigungsadressaten überlassenen Angelegenheiten selbst gar nicht regeln wollte⁸⁰⁾. Es war ja gerade Sinn und Zweck der Ermächtigung, den ordentlichen Gesetzgeber von der definitiven Einzelentscheidung zu entlasten und eine Überanstrengung des Gesetzes zu vermeiden. Die Ausführungsverordnung fängt dort an, wo das Gesetz aufhört, sie "vervollständigt das unvollständige Gesetz"⁸¹⁾. Da bei der gesetzlichen Ermächtigung zum Erlaß von gesetzesabhängigen Rechtsverordnungen eine vollständige bundesgesetzliche Regelung der betreffenden Materie nicht vorliegt, kann die Ge-

78) s. S. 8

79) Vgl. C. Schmitt: "Der Hüter der Verfassung" 1931, S. 38, 39 Fußn. 2

80) Roethe, aaO (Anm. 50) S. 262 f

81) Roethe, aaO (Anm. 50) S. 269

setzungszuständigkeit der Länder gem. Art. 72 Abs. 1 GG nicht bereits im Umfange der Verordnungsermächtigung ausgeschlossen werden.

Nicht dem Wesen der gesetzesabhängigen, sondern dem der gesetzesändernden Verordnung entspricht es, daß die Verwaltung zu einer Regelung von Sachverhalten ermächtigt wird, deren Normierung bereits durch den Gesetzgeber selbst vollständig erfolgt ist⁸²⁾. Dies involviert der Begriff der Gesetzesänderung, da nur eine schon und noch vorhandene Regelung geändert werden kann. In diesem Falle haben die Länder ihre Gesetzgebungskompetenz, unabhängig von der bundesgesetzlichen Ermächtigung, bereits durch die bestehende, nunmehr im Verordnungswege abzuändernde, bundesgesetzliche Regelung verloren. Insofern sind die oben⁸³⁾ angeführten Auffassungen, welche die Unvollständigkeit der materiellen Regelung als ein Merkmal eines jeden, eine Ermächtigung enthaltenden Gesetzes erachten, zu korrigieren.

Auch hinsichtlich der Ermächtigung zu Gesetzesergänzenden Rechtsverordnungen⁸⁴⁾ kommt der Tatsache der Ermächtigung lediglich eingeschränkte Beweiskraft bezüglich der Frage der Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung zu. Hier ist zu unterscheiden, ob die bundesgesetzliche Regelung an sich, abgesehen von der Ermächtigung, vollständig und erschöpfend wäre. Im eingangs angeführten Beispiel des § 2 AuslG stellt Abs. 1 den Grundsatz der Erforderlichkeit einer Aufenthaltserlaubnis auf, von dem Abs. 2 Ziff. 1-3 bestimmte Ausnahmen macht. Diese Ausnahmen wären an sich nicht lediglich als beispielhafte, sondern als abschließende und erschöpfende Aufzählung zu beurteilen, so daß die Länder vom Erlass weiterer Ausnahmeregelungen ausgeschlossen wären. Etwas anderes könnte sich jedoch daraus ergeben, daß nach Abs. 3 der Bundesinnenminister ermächtigt wurde, im Verordnungswege weitere Befreiungen vom Erfordernis einer Aufenthaltserlaubnis festzusetzen. Dazu ließe sich allerdings die Meinung vertreten, daß dies an der Vollständigkeit der bundesgesetzlichen Regelung selbst nichts ändern könne, da die Ermächtigung lediglich bewirke, daß neben dem Bundestag, als ordentlichem Bundesgesetzgebungsorgan, nunmehr auch der Bundesinnenminister, als außerordentliches Bundesgesetzgebungsorgan, zu einer "Ergänzung" der vollständigen bundesgesetzlichen Regelung befugt sei. Angesichts der Vielfalt weiterer Ausnahmeregelungen in § 1 DV AuslG kann aber wohl nicht angenommen

82) Hasskarl, aaO (Anm. 1) Begrenzung, S. 235

83) s. S. 23

84) Im Sinne von B. Wolff, aaO (Anm. 16) S. 203; ob mit oder ohne aktive, formelle Gesetzeskraft, ist insofern gleichgültig.

werden, daß der Bundesgesetzgeber insoweit von der Vollständigkeit seiner Regelungen ausgegangen ist. Nach der hier vertretenen Auffassung bedarf es einer weiteren Unterscheidung. Ist die Exekutive von Anfang an und ohne weiteres zur Ergänzung der bundesgesetzlichen Regelung befugt, so liegt darin das eigene Eingeständnis des Bundesgesetzgebers, daß seine Regelung insoweit noch nicht vollständig ist. Die Ermächtigung gem. § 2 Abs. 3 AuslG besagt somit auch, daß Abs. 2 Ziff. 1-3 keine abschließende und erschöpfende, sondern lediglich eine beispielhafte Aufzählung der gesetzlichen Ausnahmetatbestände enthält. Es ist jedoch ebenso möglich, daß der Bundesgesetzgeber, der eine vollständige und erschöpfende Normierung vorgenommen hat, lediglich aus der Einsicht heraus, daß diese, zunächst vollständige Regelung, im Laufe der Zeit, aus welchen Gründen auch immer, unvollständig werden kann, die Exekutive für diesen Fall, vorsorglich und unter Bestimmung des Zeitpunktes wie der näheren Bedingungen, zu einer künftigen, ergänzenden Verordnungsgebung ermächtigt⁸⁵⁾. Bei dieser Sachlage ist die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder solange und soweit beseitigt, als sich die bundesgesetzliche Regelung als vollständig erweist.

Soweit sich der Verlust der Länderkompetenzen nicht gem. Art. 72 Abs. 1 GG mit dem Argument der Vollständigkeit der bundesgesetzlichen Regelung bejahren läßt, könnte er auf Grund der nachstehenden Überlegungen eintreten.

bb) Zuständigkeitsverlust infolge der Anwendung eines politisch-materialen Gesetzesbegriffs im Bereich der Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern?

Im Sinne eines "Abbaus räumlich-körperlicher Vorstellungen" hinsichtlich der Abgrenzung der Zuständigkeitssphären von Bund und Ländern wäre es denkbar, sich beim Ausschluß der Landeszuständigkeit gem. Art. 72 Abs. 1 GG "nicht am Zeitpunkt des nackten, fast körperlichen Wegnehmens, am Endakt des Gesamtvorgangs"⁸⁶⁾ zu orientieren, sondern bereits in dem Augenblick eine vollständige Regelung der Materie im Sinne von Art. 72 Abs. 1 GG anzunehmen, in dem eine "hinreichende" Sachentscheidung nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vom ordentlichen Bundesgesetzgeber getroffen worden ist, ungeachtet des Umstandes, daß es noch weiterer - wohlgemerkt: im Gesetz selbst nicht enthaltener - Ausführungs- und

85) Vgl. Hasskarl, aaO (Anm. 1) Begrenzung, S. 236

86) Lerche, aaO (Anm. 24) S. 526 f

Anpassungsakte im Wege der Rechtsetzung bedarf. Dieser Gedanke kann jedoch für die bundesstaatliche Verteilung der Gesetzgebungsbefugnisse nicht fruchtbar gemacht werden. Dies würde voraussetzen, daß das vom Gesetzgeber aufgestellte "Sachprogramm" stets eine aus sich heraus verdichtbare Sachentscheidung darstellt, was sicherlich nicht der Fall ist. Davon abgesehen kann der, diesen Überlegungen zugrunde liegende politisch-materiale Gesetzesbegriff lediglich im Rahmen von Art. 80 Abs. 1 GG, nicht aber im Bereich von Art. 72 Abs. 1 GG, Geltung beanspruchen. "Nicht bei der Frage, was der Gesetzgeber regeln darf, sondern bei der Frage, was er regeln muß, kommt heute wieder ein politisch-materieller Gesetzesbegriff zu Ehren"⁸⁷⁾, m. a. W., nur bezüglich der bundes- bzw. landesinternen Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Gesetzgebungs- und Verwaltungsorganen, nicht aber hinsichtlich der Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten im Bund - Länder - Verhältnis. Die Anwendung dieses Gesetzesbegriffes im Bereich der Zuständigkeitsbestimmung des Art. 72 Abs. 1 GG würde einer apokryphen Änderung der bundesstaatlichen Zuständigkeitsverteilung zu Lasten der Länder gleichkommen, da der Verfassungsgeber noch von einem anderen Gesetzesbegriff ausgegangen ist. Mithin kann auch dieser Gedanke die Länderzuständigkeit nicht gem. Art. 72 Abs. 1 GG beseitigen. Jedoch könnte ein weiterer Weg zu diesem "Ziele" führen.

cc) Zuständigkeitsverlust infolge eines Akzessorietätsverhältnisses zwischen "Annex"- und "Haupt"-Kompetenz?

Neben den, dem Bund in den Gesetzgebungskatalogen und in verschiedenen Einzelbestimmungen zugewiesenen Kompetenzen, gibt es noch weitere, nicht ausdrücklich erwähnte Bundeszuständigkeiten. So ist eine Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes kraft Sachzusammenhangs dann anzuerkennen, "wenn eine dem Bund ausdrücklich zugewiesene Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne daß zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird, wenn also ein Übergreifen in nicht ausdrücklich zugewiesene Materien, unerläßliche Voraussetzung ist für die Regelung einer, der Bundesgesetzgebung zugewiesenen Materie. Die bloße Erwägung, es sei zweckmäßig, mit einer dem Bund ausdrücklich zugewiesenen Materie, gleichzeitig auch eine ihr verwandte Materie zu regeln, reicht zur Begründung einer Gesetzgebungszuständig-

87) Ehmke, aaO (Anm. 17) S. 78

keit des Bundes nicht aus⁸⁸⁾. Ferner ist vom Bundesverfassungsgericht die sog. Gesetzgebungszuständigkeit kraft Natur der Sache bejaht worden, wenn auch unter begrüßenswert-strikter Einschränkung⁸⁹⁾. Die Judikatur hat weiterhin die Annahme sog. Annex-Kompetenzen als mit der verfassungsgesetzlichen Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Länder vereinbar erachtet. Hierbei handelt es sich um die Ausdehnung einer ausdrücklich zugeteilten Kompetenz einerseits in das Stadium der Vorbereitung, andererseits aber auch in das Stadium der Durchführung durch Zulassung von Vorschriften, die diese regeln⁹⁰⁾. Die Ausdehnung der geschriebenen Kompetenzen erfolgt also nicht in die Breite, sondern in die Tiefe⁹¹⁾. So hat das Bundesverfassungsgericht⁹¹⁾ anlässlich der Hamburger und Bremer Gesetze, betreffend die Volksbefragung über Atomwaffen, entschieden, daß diese Gesetze "ihre verfassungsrechtliche Qualifikation erst aus dem Sachbereich, auf den sie sich beziehen" erhalten; insofern gehörten sie "nicht zu einem selbständigen Gegenstand im Sinne der Kompetenzverteilung", die das Grundgesetz für den Bereich der Gesetzgebung getroffen habe. Desgleichen vertrat das Gericht⁹²⁾ die Auffassung, daß die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienenden Normen kein einheitlicher und selbständiger Gegenstand sind, sondern - sofern die Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung nicht den "alleinigen und unmittelbaren Gesetzeszweck" bilde - ein "Annex des Sachgebietes", auf dem der Gesetzgeber tätig werde. In beiden Fällen handelt es sich nicht um Gesetze "über" Volksbefragungen bzw. "über" die öffentliche Sicherheit und Ordnung, sondern um die gesetzliche Anordnung einer konkreten Volksbefragung bzw. um die konkrete Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung anlässlich der Regelung einer bestimmten Materie.

Die Annex-Kompetenz bezieht sich also auf einen Sachbereich, der in den Gesetzgebungskatalogen und in den jeweiligen Einzelbestimmungen des Grundgesetzes nicht als (selbständiger) Gegenstand bundesgesetzlicher Regelung erscheint. Demgemäß müßte dieses Sachgebiet an sich, gem. Art. 70 GG, der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder unterliegen. In der Tat sind die Länder

88) BVerfGE 3/407 (421); Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 70 Rdz. 26; v. Mangoldt-Klein, aaO (Anm. 5) Anm. III 4 e S. 1402, Art. 70

89) z. B. Bundessymbole, Bundeshymne etc.: BVerfGE 3/407 (422)

90) Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 70 Rdz. 32

91) BVerfGE 8/104 ff (118 f)

92) BVerfGE 8/143 ff (148 ff)

ausschließlich zuständig z. B. zum Erlaß von Polizeigesetzen und Gesetzen über die allgemeine öffentliche Sicherheit und Ordnung oder zum Erlaß von Normen über Volksbefragung. Solche Gesetze haben dieses Sachgebiet zum alleinigen und selbständigen Regelungsgegenstand. Anders dagegen in den oben angeführten Fällen. Dort ist dieser Sachbereich kein selbständiger Gegenstand, sondern unselbständiger Annex der "Haupt"-Materie.

Eine Materie, die in den verfassungsgesetzlichen Zuständigkeitsbestimmungen nicht als selbständiger Gegenstand erscheint, kann somit einmal "Haupt"- und einmal "Annex"-Materie sein. Als Haupt-Materie fällt sie in den Bereich der ausschließlichen Landesgesetzgebung. Als "Annex"-Materie kommt ihr innerhalb der verfassungsrechtlichen Zuordnung kein fester Platz zu. Sie gehört weder schlechthin zur ausschließlichen Bundes- oder Landesgesetzgebung, noch zur konkurrierenden Gesetzgebung von Bund und Ländern. Zur Regelung der "Annex"-Materie ist vielmehr zuständig, wer zur Regelung der "Haupt"-Materie zuständig ist. Die "Annex"-Kompetenz ist also in ihrer rechtlichen Qualifizierung, d. h. hinsichtlich ihres Entstehens und ihrer Zuordnung zu einer der verschiedenen Zuständigkeitsarten, davon abhängig, in welchen Zuständigkeitsbereich die "Haupt"-Materie, als deren unselbständiger Annex sie erscheint, fällt. Gehört die "Haupt"-Materie zur ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes und der Länder, so gilt dies auch für die "Annex"-Materie, unterfällt jene der konkurrierenden Gesetzgebung, so teilt auch diese dieses rechtliche Schicksal ⁹³⁾.

Fraglich ist jedoch, ob die "Annex"-Kompetenz auch in ihrem Bestehen von der "Haupt"-Kompetenz abhängig ist, mit anderen Worten, ob für den Fall, daß die Hauptmaterie und somit auch die Annexmaterie in den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung fällt und der Bund von der Hauptkompetenz Gebrauch macht, die Länder nicht nur gem. Art. 72 Abs. 1 GG die Hauptkompetenz, sondern aus Akzessorietätsgründen auch die Annexkompetenz verlieren.

Aus den Materialien ergibt sich, daß der Verfassungskonvent davon ausging, daß Ausführungsgesetze der Länder zu allen Bundesgesetzen der konkurrierenden Gesetzgebung auch ohne entsprechende Ermächtigung des Bundes zulässig sein sollten ⁹⁴⁾. Dieser Wille könnte in Art. 74 Ziff. 14 GG objektiviert worden sein, der

93) Bettermann, VVDStRL 17 (1959) S. 118 ff, 158, spricht deshalb nicht nur von der "Annexität", sondern auch von der "Accessorietät" solcher Kompetenzen.

94) HChBer. Darstellender Teil S. 29; v. Mangoldt-Klein aaO (Anm. 5) Art. 72 Anm. II, 1 a, S. 1431

als grundgesetzlich geregelter Fall einer Annexkompetenz angesehen⁹⁵⁾ wird und vorsieht, daß zur Regelung der Materie "Enteignung" auf den Sachgebieten der Art. 73 und 74 GG, Bund und Länder konkurrierend zuständig sind. Daraus könnte man vordergründig folgern, daß im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung auch dann, wenn der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht zur Regelung der Hauptmaterie Gebrauch gemacht hat, eine, mit der Annexkompetenz des Bundes konkurrierende Annexkompetenz der Länder fortbesteht. Nun ist es zwar zutreffend, daß Art. 74 Ziff. 14 GG eine Zuständigkeit regelt, die ansonsten als Annexkompetenz jeweils auf den von der Enteignung betroffenen Sachgebieten der ausschließlichen Bundesgesetzgebung und der konkurrierenden Gesetzgebung von Bund und Ländern bestehen würde. Insofern kann man davon sprechen, daß Art. 74 Ziff. 14 GG einen verfassungsrechtlich geregelten Fall einer Annexkompetenz darstellt. Aber diese grundgesetzliche Regelung bewirkt, daß einmal der "Annex" Enteignung stets der konkurrierenden Gesetzgebung zugeschlagen wird und zum andern, daß diese Kompetenz nur auf den Gebieten der Art. 73, 74 GG besteht, nicht aber auf anderen Sachbereichen, so z. B. nicht hinsichtlich der Gebiete des Art. 75 GG oder bezüglich den, in Einzelbestimmungen zugewiesenen Gegenständen. Durch die verfassungsgesetzliche Erfassung der an sich als Annexkompetenz bestehenden Zuständigkeit, durch ihre fixe Einordnung in das System der Kompetenzverteilung, mit der Folge, daß sowohl hinsichtlich der Materien der ausschließlichen Bundesgesetzgebung als auch der konkurrierenden Gesetzgebung, die Zuständigkeit zur Regelung der "Enteignung" unverrückbar zur konkurrierenden Gesetzgebung gehört, hat diese Kompetenz den typischen Charakter einer Annexkompetenz verloren, der gerade darin besteht, daß der Annexmaterie keine selbständige Bedeutung innerhalb der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern zukommt, daß ihre definitive Zuordnung zu einer Gesetzgebungsart erst von der Hauptmaterie her erfolgen kann. Insofern hinkt der Vergleich, den das Bundesverfassungsgericht⁹⁶⁾ zwischen den Annexkompetenzen zum Erlaß von Volksbefragungsgesetzen sowie bau-gewerbe-gesundheits-polizeilichen Normierungen einerseits und den Zuständigkeiten aus Art. 73 Ziff. 11, 74 Ziff. 14 GG andererseits anstellt. Mit Recht wird in v. Mangoldt-Klein⁹⁷⁾ die Ansicht vertreten, daß sich die Beschränkung

95) Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 74 Rdz. 87

96) BVerfGE 8/104 ff (118 ff)

97) v. Mangoldt-Klein, aaO (Anm. 5) Art. 74 Anm. XXVIII 2 b S. 1614, 3 b S. 1616

der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit durch den "soweit"-Nebensatz in Art. 74 Ziff. 14 GG "logisch in keiner Weise von allen, sprachlich anders formulierten Arten gegenständlicher Begrenzung grundgesetzlicher Sachgebietsbegriffe" unterscheidet. Art. 73 Ziff. 11 bzw. Art. 74 Ziff. 14 GG besagen lediglich, daß Statistiken oder Enteignungen, die an sich ebenso dem Sachgebiet zugeordnet werden könnten, auf das sie sich beziehen, wie z. B. die auf ein Katalog-Sachgebiet bezüglichen und mit ihm zusammenhängenden Normen der Gefahrenabwehr eben dem jeweiligen Sachgebiet zugerechnet werden, einerseits nicht schon kraft Zugehörigkeit zu jenem Sachgebiet der ausschließlichen Bundesgesetzgebungskompetenz oder der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit von Bund und Ländern unterliegen, andererseits auch nicht über Art. 70 GG der ausschließlichen Landesgesetzgebung, sondern eben kraft ausdrücklicher, wenn auch gegenständlich beschränkter Zuweisung, ein- für allemal der ausschließlichen Bundesgesetzgebung bzw. der konkurrierenden Gesetzgebung zuzurechnen sind⁹⁸⁾. Art. 74 Ziff. 14 GG vermag somit zur Charakterisierung des Verhältnisses von "Haupt"-Kompetenz und "Annex"-Kompetenz nichts beizutragen.

Darüber könnte aber möglicherweise die Zuständigkeit der Länder zur "Ausführung der Bundesgesetze" gem. Art. 83 ff GG Aufschluß geben. Dabei ist aber zu beachten, daß Art. 83 ff GG keine Gesetzgebungszuständigkeiten konstitutiv begründen, sondern sie als Annex der in Art. 70 ff GG zugeteilten Aufgaben deklaratorisch voraussetzen und sie lediglich in diesem Umfange näher umschreiben, Ausführungsgesetze und Ausführungsverordnungen sind, soweit sie materielle Regelungen enthalten, unzweifelhaft ein Annex der Hauptmaterie, auf die sie sich jeweils beziehen. Sie sind aber auch dann, wenn sie organisatorische Fragen betreffen, lediglich ein Annex der jeweiligen sachlichen Kompetenz⁹⁹⁾. Wer dies bestreitet und Art. 84 Abs. 1, 85 Abs. 1 GG gesetzgebungskompetenzbestimmende Bedeutung zuerkennt, kommt bereits aus diesem Grunde zu dem Ergebnis, daß den Ländern eine, von den materiellen Gesetzgebungszuständigkeiten der Art. 70 ff unabhängige, selbständige Kompetenz zum Erlass organisatorischer Ausführungsgesetze und -verordnungen zukommt, soweit nicht Bundesgesetze, im Sinne von

98) so gelten im Falle des Art. 74 Ziff. 14 GG auch bei "Enteignungen", die auf dem Gebiete der ausschließlichen Bundesgesetzgebung erfolgen, die Schranken des Art. 72 Abs. 2 GG (vgl. Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 70 Rdz. 32 a. E. Fußn. 4; v. Mangoldt-Klein, aaO (Anm. 97), 2 d S. 1615, während bei "Statistiken zu Bundeszwecken", die auf einem Gebiete der konkurrierenden Gesetzgebung aufgestellt werden, Art. 72 Abs. 2 GG nicht gilt.

99) Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 83 Rdz. 24 u. 12

Art. 84 Abs. 1, 85 Abs. 1 GG, "etwas anderes" bestimmen. Aber auch für die Verfechter der Annex-Theorie bestehen berechtigte Zweifel, den Bestand der Annexkompetenz, wegen ihrer Funktion als Hilfszuständigkeit, vom Bestehen der Hauptkompetenz abhängig zu machen. Die "Ausführung der Bundesgesetze" gehört, auch wenn sie in Form von Ausführungsgesetzen und -verordnungen erfolgt, der Sache nach, d. h. materiell, zur vollziehenden Gewalt. Die Befugnis, gem. Art. 83 ff GG organisatorische Fragen zu regeln, steht den "Ländern" als solchen zu. Ob die den Ländern zufallende Organisationsgewalt, landesintern von den Landesparlamenten im Wege der Gesetzgebung, oder den Landesregierungen im Wege der Verwaltungsvorschrift ausgeübt wird, entscheiden die einzelnen Landesverfassungen¹⁰⁰⁾, wobei allerdings zu beachten ist, daß Organisationsvorschriften mit Außenwirkung, als Rechtsetzungsakte, dem ordentlichen Landesgesetzgeber vorbehalten sind. Insbesondere dann, wenn man unter "Einrichtung der Behörden" und unter "Verwaltungsverfahren" im Sinne von Art. 84 Abs. 1 GG lediglich die Gesamtheit der (auch) auf den Bürger wirkenden Einrichtungs- und Verfahrensbestimmungen versteht¹⁰¹⁾, mit der Folge, daß diese durch Gesetz getroffen werden müssen, wären die Länder in ihrer Zuständigkeit zur "Ausführung der Bundesgesetze" stark beschränkt, wenn man einerseits Art. 84 Abs. 1, 85 Abs. 1 GG bezüglich des Erlasses von Ausführungsgesetzen nicht als zuständigkeitsbegründend ansieht, diese Zuständigkeit vielmehr als Annexkompetenz den Art. 70 ff GG entnimmt, andererseits aber den Ländern aus Akzessorietätsgründen für den Fall, daß der Bundesgesetzgeber im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit von der "Haupt"-Kompetenz Gebrauch macht, auch diese Annexkompetenz abspricht. Um Mißverständnissen vorzubeugen, muß gesagt werden, daß dieser Gesichtspunkt, der ebenso hinsichtlich des Vollzugs von Bundesgesetzen aus dem Bereich der ausschließlichen Bundesgesetzgebung herangezogen werden könnte, nicht dazu dienen soll, die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder unabhängig von den Vorschriften der Art. 70 ff GG konstitutiv zu begründen. Aber bezüglich der Zweifelsfrage, ob im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit die ursprünglich bestehende Zuständigkeit der Länder zur Regelung speziell der "Einrichtung der Behörden" und des "Verwaltungsverfahrens" als Annexkompetenz auch dann fortbesteht, wenn der Bund die Hauptmaterie geregelt hat, kommt diesem Aspekt entscheidendes Gewicht zu. Da der Schwerpunkt der Verwaltung

100) Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 84 Rdz. 16

101) Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 84 Rdz. 18

nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich bei den Ländern liegt¹⁰²⁾, muß dies auch bei der Klärung des Verhältnisses von "Haupt"- und "Annex"-Kompetenz zugunsten der Länder ausschlaggebend berücksichtigt werden.

Es kann somit festgestellt werden, daß - ohne Berücksichtigung der bundesgesetzlichen Ermächtigung als solcher - kein Zuständigkeitsverlust der Länder gem. Art. 72 Abs. 1 GG eingetreten ist. Der Ausschluß der Länderkompetenzen gem. Art. 72 Abs. 1 GG kann sich somit allenfalls unter Einbeziehung der bundesgesetzlichen Ermächtigung ergeben.

b) Zuständigkeitsverlust der Länder auf Grund der bundesgesetzlichen
Ermächtigung?

aa) der Bundesregierung oder eines Bundesministers

1. Der gegenwärtige Stand der Meinungen

Die bundesgesetzliche Verordnungsermächtigung hat, wie berichtet¹⁰³⁾, selbst keine Zuständigkeitsverschiebung im Bund - Länder - Verhältnis, sondern lediglich eine bundes- bzw. landesinterne Kompetenzänderung zum Gegenstand. Eine Änderung der bundesstaatlichen Zuständigkeitsordnung i. S. e. Kompetenzverlustes der Länder könnte aber als Folge des ermächtigenden Bundesgesetzes gem. Art. 72 Abs. 1 GG eintreten.

So hat bereits Rosin¹⁰⁴⁾ den Standpunkt vertreten, das Reich habe durch die Delegation "seine Gesetzgebungsgewalt hinsichtlich der betreffenden Materie mittelbar ebenso zum Ausdruck gebracht, als wenn es unmittelbar reichsgesetzliche Vorschriften materiellen Inhalts erlassen hätte¹⁰⁵⁾". Aus der neuen Literatur ist Lenz¹⁰⁶⁾ der Ansicht, daß es für die Frage, ob der Bund eine Materie auch dann erschöpfend geregelt hat, wenn er sich auf eine (mit Art. 80 Abs. 1 GG vereinbare) Ermächtigung beschränkt hat, darauf ankomme, "ob der Bund seinen Willen,

102) Im Gegensatz zur Gesetzgebung, wo der Schwerpunkt lediglich rechtlich bei den Ländern, tatsächlich aber beim Bund liegt.

103) s. S. 18 ff

104) H. Rosin: "Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen", 2. Aufl. 1895, S. 69 f

105) ebenso bejahen Gebhard, Komm., 1932, Art. 12 Anm. 3 b, sowie E. Fuhr: "Komm. zur Gewerbeordnung" Teil 1, 1969, § 24 Anm. 3 b S. 18, strikt den Verlust der Länderkompetenzen.

106) Hamann-Lenz, Komm. 3. Aufl. 1970 Art. 72 B 3 S. 515

die Regelung der Materie an sich zu ziehen, zum Ausdruck gebracht hat". Ähnlicher Auffassung ist auch Rösch¹⁰⁷⁾, der eine Sperrwirkung grundsätzlich erst mit Erlaß der Bundesrechtsverordnung annimmt. Ausnahmsweise könne jedoch der Landesgesetzgeber bereits mit Erlaß der bundesgesetzlichen Ermächtigung ausgeschlossen sein, "wenn der Bund die Ermächtigung mit dem Ziele setzt, daß die auf Grund der Ermächtigung zu erlassenden Normen - unter Berücksichtigung des bereits bestehenden Rechts und Würdigung des betreffenden Normenkomplexes - eine abschließende Regelung treffen sollen". In die gleiche Richtung weist wohl auch die Meinung von Sigloch¹⁰⁸⁾, derzufolge die Frage, ob die in einem Bundesgesetz enthaltene Ermächtigung, bestimmte Rechtsverordnungen zu erlassen, eine künftige Landesgesetzgebung dieses Bereichs sperre, von deren "Inhalt und dem Zusammenhang der gesetzlichen Regelung" abhängt. In entsprechender Anwendung der Grundsätze der konkurrierenden Gesetzgebung auf diese Rechtsfrage werde man "die bloße Befugnis, eine Rechtsverordnung zu erlassen, im allgemeinen noch nicht als Sperre für die Landesgesetzgebung ansehen können". In einer der wenigen gerichtlichen Entscheidungen, die zu dieser Frage bislang ergangen sind, kam das OVG Rheinland-Pfalz¹⁰⁹⁾ zu dem Ergebnis, daß nicht bereits durch die bloße Ermächtigung von Bundesorganen das Gesetzgebungsrecht der Länder für dieses Gebiet ausgeschlossen werde, sondern daß eine den Landesgesetzgeber sperrende Inanspruchnahme grundsätzlich und in aller Regel erst dann vorliege, wenn der in der Ermächtigung vorgesehene Rechtsetzungsakt tatsächlich erfolgt. Dieser Auffassung müsse "auch aus rechtspolitischen Gründen zugestimmt werden, um die Möglichkeit auszuschließen, daß, infolge der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern, Verzögerungen in der Erledigung staatlicher Aufgaben eintreten". Maunz¹¹⁰⁾ befürwortet zwar, mit Hinweis auf Klein¹¹¹⁾, "daß die Landeskompentenz nur durch Gesetz, nicht auch durch Regierungsakte ausgeschaltet werden könne", was aber natürlich nicht hindere, "daß im konkreten Fall eine landesrechtliche Regelung erst durch Rechtsverord-

107) Käß-Rösch: "Bayerisches Landesstraß- und Verordnungsgesetz", Komm., 2. Aufl., 1967 Anm. II, 3 vor Art. 12 Rdz. 4 ff S. 220 f; ebenso Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler: "Gewerbeordnung", Komm., 12. Aufl. 1969, § 24 3 a Rdz. 10 f

108) H. Sigloch BayVBL 1966/154 ff (156)

109) OVG Rh.-Pf. AS 7/254 ff (256); a. A. OVG Saarland AS 7/221

110) Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 72 Rdz. 6 Fußn. 6

111) v. Mangoldt-Klein, aaO (Anm. 5) Art. 72 Anm. III 6 S. 1440

nung der Bundesregierung ausgeschlossen" werde, "wenn diese nur auf einer kompetenzmäßigen Ermächtigung" beruhe. Zippelius¹¹²⁾ verneint eine Sperrwirkung der bundesgesetzlichen Ermächtigung gegenüber dem Landesgesetzgeber aus der Überlegung heraus, daß ansonsten der Bundesgesetzgeber eine (von der Bundesregierung erst noch auszufüllende)" Lücke in der sachlichen Regelung" bestehen lassen könne und "gleichzeitig den Ländern die Möglichkeit nehme, sie zu schließen", was mit den Grundsätzen der konkurrierenden Gesetzgebung unvereinbar sei. In einer ausführlichen Stellungnahme gelangt Fonk¹¹³⁾ zur Ablehnung einer Sperrwirkung der bundesgesetzlichen Ermächtigung der Bundesregierung. Zur Begründung führt er aus, "eine Sperre könnte ohne weiteres angenommen werden, wenn Art. 72 Abs. 1 GG dahin auszulegen wäre, daß sich die Kennzeichnungen "Gesetzgebung" und "Gesetzgebungsrecht" nur auf formelle Gesetze beziehen". In diesem Falle könnte ein Gebrauchmachen von dem Gesetzgebungsrecht im Sinne von Art. 72 Abs. 1 GG bei dem Erlass der Verordnung nicht mehr angenommen werden, weshalb bereits durch die Ermächtigung, die Gesetzgebungsbefugnis der Länder in diesem Bereich beseitigt werden müßte. Da das Grundgesetz den Begriff "Gesetz" aber nicht einheitlich verwende, sondern gerade im Abschnitt VII unter der Überschrift "Gesetzgebung des Bundes" auch Bestimmungen über den Erlass von Rechtsverordnungen treffe, sei klagestellt, daß sich der Begriff "Gesetzgebung" nicht auf das Gesetz im formellen Sinne beschränke¹¹⁴⁾. Diese Ansicht sieht er durch die Überlegung bestätigt, daß die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bund und Ländern gem. Art. 70-75 GG unvollständig wäre, wenn sie nicht für alle Rechtsvorschriften Anwendung finden würde. Art. 72 Abs. 1 GG sei daher auch auf Rechtsverordnungen zu beziehen. Mit dieser Feststellung geht er alsdann einen Schritt weiter, indem er die Frage aufwirft, ob Art. 72 Abs. 1 GG nicht dahingehend auszulegen sei, daß sich das "Gebrauchmachen" überhaupt auf materielle Regelungen beschränke oder ob auch Ermächtigungen einzubeziehen seien. Da der Wortlaut der Bestimmung beide Auslegungsmöglichkeiten zulasse, müsse infolge der Vermutung des Art. 70 GG diejenige gewählt werden, bei der die Gesetzgebungskompetenz der Länder bestehen bliebe. Als weiteren Gesichtspunkt führt er die Erwägung ins Feld, daß ein bloßes Verbot an die Länder, ohne

112) R. Zippelius NJW 1958/445 ff (447 f); verneinend auch Holthöfer - Nüse - Franck: "Deutsches Lebensmittelrecht" Bd. 1, 5. Aufl. 1970, Vorbem. vor §§ 5-10, IV 2 Rdz. 21 S. 465

113) H.-J. Fonk DÖV 1958/20 ff (22 ff)

114) vgl. Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 74 Rdz. 7

gleichzeitige Regelung der Materie, die Landeszuständigkeit nicht beseitigen könne. Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen sei zwar mehr als ein bloßes Verbot, komme einem solchen aber im praktischen Ergebnis deshalb gleich, weil die Ermächtigung dem Verordnungsgeber lediglich die Möglichkeit rechtsetzender Betätigung einräume und es im Übrigen offen lasse, ob, wann und in welchem Umfang davon Gebrauch gemacht werde. Bis zum Erlass der Rechtsverordnung bliebe die, vom Gesetzgeber der Bundesregierung überlassene Materie jedenfalls ungeregelt. Schließlich zieht er noch das Argument heran, die Annahme einer Sperrwirkung der bundesgesetzlichen Ermächtigung der Bundesregierung würde dem Bund Gelegenheit geben, die gesamte Zuständigkeit der Länder auf dem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung mit einem Minimum an gesetzgeberischem Aufwand zu beseitigen, indem er jeweils entsprechende Ermächtigungen im Rahmen von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG normiert. Darin liege ein Widerspruch zum föderativen System. Der Einwand der Rechtszersplitterung sei nicht stichhaltig, da die Bundesregierung dieser Gefahr durch Erlass der Rechtsverordnungen jederzeit begegnen könne.

2. Kritik

Nach diesem Überblick über den Stand der Meinungen, die von einem klaren "Ja" bis zu einem entschiedenen "Nein" reichen, soll nachstehend der Versuch einer kritischen Auseinandersetzung mit den einzelnen Auffassungen gemacht werden.

Die Ansicht von Rosin, das Reich habe durch die Ermächtigung seine Gesetzgebungsgewalt hinsichtlich der betreffenden Materie mittelbar ebenso zur Ausübung gebracht als wenn es unmittelbar reichsgesetzliche Vorschriften materiellen Inhalts erlassen hätte, basiert auf der damals gehegten Vorstellung, daß die Gesetzgebungszuständigkeit des Reiches lediglich formal bestimmt sei und somit keinerlei Schranken hinsichtlich der Frage bestünden, "worin der Inhalt eines Reichsgesetzes bestehen müsse oder nicht bestehen dürfe" ¹¹⁵⁾. Die Gesetzgebungskompetenz enthielt demnach die Wahlmöglichkeit zwischen einer unmittelbaren, materiellen Regelung durch den Gesetzgeber selbst und einer Ermächtigung der Exekutive zum Erlass rechtsatzmäßiger Regelungen. Dies wurde damit begründet, daß die Gesetzgebung als "unverantwortlicher und auf freier Willensbestimmung beruhender", "auch der Rechtsordnung selbst gegenüber freier" ¹¹⁶⁾ Akt anzusehen

115) Laband, aaO (Anm. 50), S. 96

116) Laband, aaO (Anm. 50), S. 172

sei, daß die Legislative als "Trägerin einer rechtlich durchaus ungebundenen Gewalt" ¹¹⁷⁾ zu qualifizieren sei und es wurde verwertet für die Bejahung der Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit der Ermächtigung ¹¹⁸⁾. Dieser Lehre erschien die Ermächtigungskompetenz als von der gewöhnlichen Gesetzgebungskompetenz mit umfaßt, als integrierender Bestandteil der inhaltlich ungebundenen, gesetzgeberische Zuständigkeit ¹¹⁹⁾. Die Ermächtigung war deshalb keine "Verletzung oder Aufhebung" des Art. 5 RV, sondern eine "besondere Anwendung" dieser Vorschrift ¹²⁰⁾. Da die Reichsverfassung keinem Organ des Reiches eine allgemeine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen erteilte, war die Theorie der Ermächtigung als Gebrauchmachen von der lediglich formal bestimmten Gesetzgebungszuständigkeit ebenso erforderlich wie geeignet, die rechtliche Zulässigkeit gesetzlicher Ermächtigung zu begründen. Diese Auffassung war unter der Rechtslage der Reichsverfassung von 1871 mit guten Gründen vertretbar. Zwar kannte auch die Reichsverfassung der Sache nach die konkurrierende Gesetzgebung, doch fehlte es an einer genaueren, den Art. 12 Abs. 1 WV, Art. 72 Abs. 1 GG entsprechenden unmittelbaren Abgrenzungsnorm hinsichtlich der Zuständigkeits- und Rechtsbereiche von Reich und Gliedstaaten. Art. 2 RV bestimmte lediglich, daß "Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen". Das sog. Bayerische Schlußprotokoll legte jedoch in seinem, mit Verfassungsrang versehenen Art. IV fest, daß den Bundesstaaten das Gesetzgebungsrecht verbleibt "bis eine bindende Norm vom Bund ausgegangen" ist. Dem Begriff der "bindenden Norm" konnten reine Sperr- und Aufhebungsgesetze, kodifikatorische Abgrenzungsbestimmungen ¹²¹⁾, aber auch gesetzliche Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen unterfallen. Eine solche Konstruktion ist im gewaltenteilenden demokratischen Rechts- und Bundesstaat, mit seinem verfassungsmäßigen System gegeneinander abgegrenzter

117) G. Anschütz: "Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des Königlichen Ordnungsrechts nach Preußischem Staatsrecht", 1900, S. 19

118) G. Jellinek: "Gesetz und Verordnung", 1887 (Neudruck 1964) S. 383; Anschütz, aaO (Anm. 117); Laband, aaO (Anm. 116)

119) Tilmann, aaO (Anm. 67), S. 109 ff, 172

120) Laband, aaO (Anm. 50), S. 96

121) P. Leonhardt: "Die Verfassungsmäßigkeit des Kodifikationsprinzips im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung", diss. iur., 1964, S. 25, 34

Zuständigkeiten, nicht mehr möglich. "Soweit Gesetz und Gesetzgebung die Verfassung voraussetzen, kann es keinen rechtlich unbeschränkten, auch gegenüber der Rechtsordnung freien, unverantwortlichen, allmächtigen, nur bezüglich der Form seiner Akte determinierten Gesetzgeber geben" ¹²²⁾. Der einfache Bundesgesetzgeber ist kein Verfassungsgesetzgeber "weshalb seine Zuständigkeit notwendigerweise angesichts des Verfassungsinhalts als beschränkt angesehen werden muß". Die Begründung einer irregulären Rechtsetzungszuständigkeit eines Organs und die damit bewirkte Änderung der von der Verfassung selbst getroffenen regelmäßigen und als solcher ausschließlichen Zuständigkeitsordnung, kann regelmäßig nur auf dem Wege einer Verfassungsänderung erfolgen. Wenn sie durch einfaches Bundesgesetz geschehen soll, so bedarf es hierzu einer besonderen, von der Verfassung selbst zur Verfügung gestellten Zuständigkeit, wie sie in Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG enthalten ist. Die Ermächtigung gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG ist somit nicht eine besondere Ausübung der gewöhnlichen Gesetzgebungszuständigkeit, sondern die gewöhnliche Ausübung einer besonderen Gesetzgebungszuständigkeit, ein Gebrauchmachen von einer Kompetenz-Kompetenz. Triepel ¹²³⁾ hat es auf dem Boden seiner Delegationslehre so formuliert: "Allein die Übertragung eines Rechtes ist niemals seine Ausübung. Sie ist gerade das Gegenteil von Ausübung und die Rechtsübertragung ist Gegenstand eines besonderen Rechts, das dem Inhaber eines Rechtes fehlen oder gegeben sein kann. Jede Kompetenz beruht auf der Grundlage einer, dem Kompetenzträger überlegenen Rechtsordnung. In aller Regel kann aber ein Staatsorgan Rechtssätze nicht ändern, die einer höheren Rechtsquelle entstammen. Dazu bedarf es einer ausdrücklichen Ermächtigung".

Außerdem scheint die Regelungsmaterie einer gesetzlichen Ermächtigung der Bundesregierung oder eines Bundesministers, nämlich die Kompetenzordnung im Bunde, überhaupt nicht in den "Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung" zu fallen. Da unter der Formulierung "durch Gesetz" in Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG nur ein Bun-

122) Kuhne, aaO (Anm. 38), S. 137

123) Triepel, aaO (Anm. 27) S. 109 f; Peters, aaO (Anm. 49) S. 842: "Beruht eine Zuständigkeit auf einer stärkeren Rechtsquelle als der, über die der Ermächtigende verfügt, so ist eine Ermächtigung unzulässig, falls diese Rechtsquelle offenbar gerade die von ihr erlassene Zuständigkeitsregelung will. Wenn z. B. eine Verfassung auf dem Grundsatz der Gewaltenteilung aufbaut, kann nicht der gewöhnliche Gesetzgeber ohne Verfassungsermächtigung sein Normsetzungsrecht auf eine Exekutivbehörde übertragen.

desgesetz zu verstehen ist ¹²⁴⁾ und gem. S. 2 Inhalt, Zweck und Ausmaß in diesem Gesetz bestimmt werden müssen, liegt die Annahme nahe, daß die gesetzliche Ermächtigung der genannten Bundesorgane gar nicht zur konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit von Bund und Ländern gehört. Eine solch undifferenzierte Betrachtungsweise würde jedoch der Komplexität dieses Rechtsinstituts nicht gerecht, das sich, wie oben ¹²⁵⁾ ausgeführt, aus den beiden Komponenten einer bloßen Zuständigkeitsregelung gem. S. 1 und einer, damit zwar nicht logisch und wesensbedingt, sondern nur aus Gründen der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit notwendigerweise verbundenen Sachentscheidung gem. S. 2 des Art. 80 Abs. 1 GG zusammensetzt, wobei allerdings, infolge der nachgewiesenen Doppelwirkung der letzteren, erst beide Elemente zusammen die irreguläre Zuständigkeit des Ermächtigungsadressaten konstitutiv begründen. Nur diese gedankliche Aufspaltung des einheitlichen Vorgangs der Ermächtigung ermöglicht eine klare und transparente Behandlung von ermächtigenden Gesetzen im Rahmen von Art. 72 Abs. 1 GG. Als reine Zuständigkeitsregelung nach Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG stellt die bundesgesetzliche Ermächtigung weder ein "Gebrauchmachen" des Bundes von seinem konkurrierenden Gesetzgebungsrecht dar, noch gehört die bloße Kompetenzbegründung zu Gunsten jener Bundesorgane als Regelungsmaterie zum "Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung". Die Inhalt-, Zweck- und Ausmaßbestimmung gem. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG qualifiziert sich jedoch als "Gebrauchmachen" des Bundes von seiner Gesetzgebungszuständigkeit im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung ¹²⁶⁾. Genau genommen, macht deshalb der Bundesgesetzgeber von zwei verschiedenen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes Gebrauch: gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG von der besonderen Zuständigkeit zur Regelung der Kompetenzen zwischen obersten Bundesorganen und als Zulässigkeitsveraussetzung, damit gem. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG unverzichtbar gekoppelt, gem. Art. 74, 72 Abs. 2 GG von der Zuständigkeit zur Regelung der betreffenden Materie aus dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung. Die These von der "mittelbaren Ausübung der Gesetzgebungsgewalt" hat sich somit als unhaltbar erwiesen. Um den Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 zu genügen, macht der Bund unmittelbar von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit i. S. v. Art. 72

124) Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 80 Rdz. 19

125) Siehe S. 24

126) Dementsprechend hat das BVerfG (E 20/257 ff (270)) das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG dahingehend interpretiert, daß die gesetzliche Ermächtigung zur Rechtsetzung selbst ein "Minimum von materieller Regelung" enthalten muß.

Abs. 1 GG Gebrauch. Bezüglich der rein kompetentiellen Seite macht der Bund ebenfalls unmittelbar von einer Zuständigkeit Gebrauch, aber eben nicht von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit, sondern von einer besonderen Zuständigkeit im Sinne von Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG.

Dies macht auch deutlich, daß nur das gem. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG erforderliche Gebrauchmachen des Bundes von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz an die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG gebunden ist, nicht aber die Ausübung der Zuständigkeit gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG. Nur insoweit muß der Bund zur Regelung des Bereichs der konkurrierenden Gesetzgebung unmittelbar und aktuell zuständig sein. Eine darüber hinausgehende, auch den Verordnungsbereich erfassende Zuständigkeit des Bundes gem. Art. 72 Abs. 2 GG ist zum Erlaß des ermächtigenden Gesetzes nicht erforderlich. Eine andere, sich erst im Anschluß daran stellende Frage ist natürlich, ob die dergestalt ermächtigten Bundesorgane von ihrer Zuständigkeit zur Wahrnehmung der Bundeskompetenzen durch Erlaß der Rechtsverordnung nur dann Gebrauch machen können, wenn der Bund selbst gem. Art. 74, 72 Abs. 2 GG zuständig ist. Diese Frage ist selbstverständlich zu bejahen, da andernfalls die Ermächtigung nicht nur innerhalb des Bundes die Zuständigkeit der Bundesorgane verschieben, sondern, infolge des Wegfalls der "Bedürfnis"-Voraussetzung nach Art. 72 Abs. 2 GG, auch die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern zu Lasten der letzteren abändern würde. Die Ansicht, der Bundesgesetzgeber könne ein anderes Organ nur zu etwas ermächtigen, was er ebenso gut selbst hätte tun können, verkennt, von ihrem zivilistischen Standort aus, den öffentlich-rechtlichen, organisatorischen Akt staatsinterner Kompetenzzuweisungen ¹²⁷⁾. Das ordentliche Bundesgesetzgebungsorgan weist den betreffenden Bundesorganen lediglich eine, seiner eigenen Zuständigkeit inhaltsgleiche Kompetenz zu, von der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes Gebrauch zu machen. Diese Zuweisung ist nicht an die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG gebunden. Allerdings kann das ermächtigte, außerordentliche Rechtssetzungsorgan des Bundes, ebenso wie der ordentliche Bundesgesetzgeber, von der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nur dann Gebrauch machen, wenn eine solche überhaupt besteht, was sich in der Tat nach Art. 72 Abs. 2 GG bemißt. Immerhin ist es theoretisch denkbar, daß im Zeitpunkt der gesetzlichen Ermächtigung, eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes hinsichtlich des, der Exekutive überlassenen Regelungsbereichs nach Art. 72 Abs. 2 GG nicht besteht, während

127) Vgl. Kuhne, aaO (Anm. 38), S. 45, 46 Fußn. 17

im Zeitpunkt des Verordnungserlasses, ein Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung vorliegen kann.

Da die bloße Zuweisung von Aufgabenbereichen aus dem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung zur Wahrnehmung im Wege der Rechtsetzung gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG, wie erörtert, die bundesstaatliche Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen nicht tangiert, ist eine Anwendung von Art. 72 Abs. 2 GG von der ratio dieser Bestimmung als Schutzvorschrift zugunsten der Länder auch gar nicht geboten.

Auch Sinn und Zweck des Art. 72 Abs. 1 GG, die aus dem bundesstaatlichen Aufbau resultierenden Kollisionsmöglichkeiten der verschiedenen Rechtsordnungen von Bund und Ländern, im Sinne der Wahrung der Einheit und Widerspruchslosigkeit der Gesamtrechtsordnung, bereits auf der Ebene der Zuständigkeitsverteilung, durch den Verteilungsmaßstab der alternativ-konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit von vornherein weitgehend auszuschalten, trifft auf den Fall der bloßen Zuständigkeitsbegründung gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG nicht zu ¹²⁸⁾. Eine der Zuständigkeit des Bundes entsprechende Kompetenz der Länder zur gesetzlichen Ermächtigung der betreffenden Bundesorgane besteht nicht, kann also auch nicht gem. Art. 72 Abs. 1 GG beseitigt werden. Ein über die sachliche Entscheidung des Bundesgesetzgebers gem. Art. 74, 72 Abs. 2, 80 Abs. 1 S. 1 GG hinausgehender Ausschluß der Länder würde Kompetenzen betreffen, von denen der Bund noch gar keinen Gebrauch gemacht hat.

Ein Verlust der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder gem. Art. 72 Abs. 1 GG kommt demnach nur in Betracht, soweit der Bund durch Erlaß des ermächtigenden Gesetzes von seiner Gesetzgebungszuständigkeit, wie sie ihm gem. Art. 72 II, 74 GG im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung zusteht, Gebrauch gemacht hat, d. h. nur im Umfange der sachlichen Entscheidung, die dem Bund gem. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG abverlangt wird. In diesem Minimum materieller Regelung findet das Gebrauchmachen des Bundes von seiner konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis seinen Niederschlag.

128) Vgl. Fuß, AöR 83/383 ff, S. 403: "Dies (=Verhinderung widersprechender Regelungen) ist zumindest Sinn einer Kompetenznorm über Regelungsbefugnisse (wie Art. 73). Der Gesichtspunkt einer Verhinderung von sich auch nur potentiell widersprechenden Regelungen entfällt jedoch, sobald eine staatliche Maßnahme gar keine Regelung beinhaltet, sondern ... In die Zuständigkeit zur Regelung eines Sachgebietes kann nur durch Regelung eingegriffen werden".

Auch ein Teil der oben ¹²⁹⁾ angeführten Autoren geht im Grundsatz davon aus, daß erst die auf Grund der bundesgesetzlichen Ermächtigung ergangene Bundesrechtsverordnung den Ausschluß der Länderkompetenzen gem. Art. 72 Abs. 1 GG bewirkt. Ausnahmsweise sollen jedoch die Länder ihre Gesetzgebungszuständigkeit auch im Umfange des erst noch zu normierenden Verordnungsbereiches, bereits im Zeitpunkt der bundesgesetzlichen Ermächtigung verlieren, wenn nach dem Willen des Bundesgesetzgebers, das bereits bestehende Bundesrecht mit den zu erlassenden Rechtsverordnungen eine vollständige, zumindest abgeschlossene Regelung darstellen soll.

Dieser Auffassung, die eine Überdehnung des Kodifikationsprinzips darstellt, kann nicht beigetreten werden. Das Kodifikationsprinzip erhebt Anspruch auf Vollständigkeit, zumindest Abgeschlossenheit der bestehenden bundesrechtlichen Regelung. Im Falle einer bundesgesetzlichen Ermächtigung liegt, von den berichteten Ausnahmen abgesehen, das Eingeständnis des Gegenteils unabweisbar auf der Hand, so daß sich ein solcher Anspruch nicht aufrechterhalten läßt. Die obige Ansicht geht deshalb einen Schritt weiter, indem sie den Verlust der Länderkompetenzen nicht auf das tatsächliche Bestehen einer kodifikatorischen Regelung stützt, sondern lediglich auf das angekündigte Bestehen einer solchen. Diese Argumentation erfolgt fernab der Vorschrift des Art. 72 Abs. 1 GG. Mit Recht hat das Bundesverfassungsgericht ¹³⁰⁾ im Falle der gesetzlichen Ermächtigung nach § 361 Ziff. 6 c StGB, Art. 3 Zehntes Strafrechtsänderungsgesetz ¹³¹⁾ anders entschieden. Obwohl das Strafrecht, kraft des insoweit geltenden, in § 2 Abs. 1 StGB ausgesprochenen "negativen Grundsatzes" ¹³²⁾, an sich eine vollständige, kodifikatorische Regelung darstellt, hat das Gericht, angesichts der genannten Ermächtigung, einen Ausschluß der Länderkompetenzen gem. Art. 72 Abs. 1 GG mit der Begründung verneint, daß die Strafnorm (§ 361 Ziff. 6 c StGB) ohne die erst zu erlassende Rechtsverordnung unvollständig sei. Insoweit liegt also eine selbstgewählte Einschränkung des strafrechtlichen Kodifikationsprinzips vor. Die Gegenmeinung ist mit dem Wesen der konkurrierenden Gesetzgebung, wie es in Art. 72 Abs. 1 GG seinen Ausdruck gefunden hat, schlechthin unvereinbar. Sie

129) Siehe S. 34 f

130) BVerfGE 18/407 ff (417)

131) Siehe S. 2, 3

132) Vgl. Larenz, "Methodenlehre der Rechtswissenschaft", 1960, S. 285; Engisch, "Der Begriff der Rechtslücke", Festschrift für W. Sauer, 1949, S. 95 ff

reißt den einheitlichen Tatbestand der Zeit- und Inhaltsklausel des Art. 72 Abs. 1 GG auseinander und setzt ihre Einzelteile zu zwei, zeitlich und sachlich verschiedenen Rechtsetzungsakten in Beziehung. Die Zeitklausel "solange" wird durch das ermächtigende Gesetz festgelegt, die Inhaltsklausel "soweit" durch das bestehende Bundesgesetz und die erst noch zu erlassende Rechtsverordnung. Die Gesetzgebungsbefugnis der Länder würde also durch die bundesgesetzliche Ermächtigung ausgeschlossen, soweit die Bundesverordnung reicht, wobei zu beachten ist, daß der Verordnungsgeber hinter der Ermächtigung zurückbleiben kann, bzw. von dieser überhaupt keinen Gebrauch zu machen braucht. Die Zeit- und Inhaltsklausel kann aber, dem Sinn und Zweck der konkurrierenden Gesetzgebung entsprechend, immer nur einheitlich und zwar auf ein- und denselben Rechtsatz bezogen werden, was sich auch eindeutig aus dem Wortlaut ("solange und soweit") ergibt. Ansonsten würde das "und" zu einem "oder" umfunktioniert und damit die konkurrierende Gesetzgebung im Sinne einer falsch verstandenen Vorrangsgesetzgebung manipuliert. Obwohl in der Inhaltsklausel "soweit" notwendigerweise auch das zeitliche Moment enthalten ist, da jeder Akt "in" der Zeit erfolgt, eine Rechtsetzung gleichsam "außer" der Zeit ontologisch unmöglich ist, hat dessen Herausnahme und gesonderte Erwähnung in der Zeitklausel, keine Verselbständigung seiner Bedeutung bewirkt.

Es kann somit festgestellt werden, daß die bundesgesetzliche Ermächtigung von Bundesorganen keinen Verlust der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder gem. Art. 72 Abs. 1 GG bewirkt, der über den sachlichen Geltungsbereich der bundesgesetzlichen Regelung selbst hinausgeht.

bb) der Landesregierung

Die Anhänger der Auffassung, die Landesgesetzgebungskompetenz werde bei einer gesetzlichen Ermächtigung von Bundesorganen gem. Art. 72 Abs. 1 GG nicht bereits im Umfange der künftigen Ordnungsregelung beseitigt, müßten für den Fall, daß sie die bundesgesetzlich ermächtigte Landesregierung als Bundesrechtsetzendes Bundesorgan qualifizieren, konsequenterweise zum gleichen Ergebnis kommen. Doehl¹³³⁾, der die Ermächtigung von Reichsorganen richtigerweise lediglich als innerstaatlichen Kompetenzwechsel verstanden hat, da es dieselbe

133) Doehl, aaO (Anm. 50) S. 86

Staatsgewalt sei, die nur einmal durch das regelmäßige, das andere Mal durch ein außerordentliches Organ ausgeübt werde, hielt zwar die reichsgesetzlich ermächtigte Landesregierung einerseits für ein "Organ der Reichsgewalt", begriff aber andererseits diese Ermächtigung als Übertragung der Staatsgewalt, als "bundesstaatlichen Gewaltenwechsel". Die Ermächtigung sei ein Akt, welcher als "Aneignung" des Zuständigkeitsgebietes anzusehen sei und den Art. 12 Abs. 1 WV als "Gebrauchmachen" von dem Gesetzgebungsrechte bezeichne¹³⁴⁾. Da das Reich dadurch seine Gesetzgebungsgewalt mittelbar zum Ausdruck gebracht habe, sei einferneres Walten der eigenständigen Landesgewalt ausgeschlossen. Hierzu ist in den vorstehenden Ausführungen bereits das Notwendige gesagt worden. Ohne die Sukzessionslehre Doebls im einzelnen einer kritischen Überprüfung zu unterziehen, kann seine unterschiedliche Beurteilung der Ermächtigung der Landesregierung und derjenigen der Landesregierung im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 WV als in sich widersprüchlich abgelehnt werden. Angenommen, die bundesgesetzlich ermächtigte Landesregierung würde beim Erlass der Rechtsverordnungen wirklich als Bundesorgan tätig, so übe sie die originäre Gesetzgebungsgewalt des Bundes auf einem Gebiet aus, das seiner Gesetzgebungszuständigkeit unterliegt. Die Besonderheit bestünde lediglich darin, daß der Bund zur Wahrnehmung seiner Kompetenzen auf das sachliche und personelle Substrat eines Landesorgans zurückgriffe. Da aber jedes Organ in seiner konkreten und spezifischen Existenz erst und gerade durch die ihm zugewiesenen Kompetenzen bestimmt wird, wird die Landesregierung, was die Kompetenz zur Wahrnehmung der Bundeszuständigkeit anbelangt, eben erst durch diese Kompetenzzuweisung als Organ, und zwar als Bundesorgan, konstituiert. Ein Unterschied zur Ermächtigung der Bundesregierung ist insofern nicht vorhanden, da auch dieses Organ, was die jeweilige Rechtsetzungsbefugnis betrifft, also als Rechtsetzungsorgan des Bundes, eben erst durch deren konkrete Zuweisung konstitutiv geschaffen wird. In beiden Fällen würden somit lediglich neue Rechtsetzungsorgane des Bundes geschaffen. Deshalb wäre auch die bundesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung, wenn man diese als Bundesorgan qualifizierte, nur als bundesinterner Zuständigkeitswechsel anzusehen. Der bundesstaatliche Gewaltenwechsel würde erst dadurch erfolgen, daß die Landesregierung von ihrer Kompetenz zur Wahrnehmung der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes Gebrauch macht.

134) Auch Tilmann, aaO (Anm. 67) S. 172, 178 sieht in der bundesgesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung ein Gebrauchmachen des Bundes von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz und bejaht deshalb den Verlust der Landeskompentenz gem. Art. 72 Abs. 1 GG

Im übrigen ist mit der Rechtsprechung¹³⁵⁾ und der fast einhelligen Lehre¹³⁶⁾ davon auszugehen, daß die bundesgesetzlich ermächtigte Landesregierung Landesorgan bleibt und die Verordnungen formell und materiell Landesrecht sind. Die Ermächtigung bewirkt keine Änderung der Bundesorganisation, d. h. der Landesregierung, wird nicht die Kompetenz zur Wahrnehmung der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes zugewiesen. Geändert werden also nicht die grundgesetzlichen Bestimmungen, die diese Kompetenz dem ordentlichen Bundesgesetzgebungsorgan zuteilen, sondern die von der Landesverfassung als Regelfall aufgestellte Kompetenzordnung zwischen den obersten Landesorganen, dergemäß normalerweise nicht die Landesregierung, sondern nur das Landesparlament zur Wahrnehmung der Gesetzgebungszuständigkeit des Landes befugt ist¹³⁷⁾.

Die bundesgesetzliche Ermächtigung der Bundesregierung oder eines Bundesministers ist nur auf Grund der besonderen Zuständigkeit des Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG möglich, da dadurch die bestehende grundgesetzliche Zuständigkeitsordnung zwischen den obersten Bundesorganen durch einfaches Gesetz abgeändert wird¹³⁸⁾. Diese Notwendigkeit scheint bei der bundesgesetzlichen Ermächtigung der Lan-

135) BVerfGE 18/407 ff; BVerwG in DVBL 1965/565; Bay. VerfGH in DVBL 1963/101 f und AS NF Bd. 6 (1953) II, S. 117 ff (122), Bd. 7 (1954), II S. 69 ff (74); Bad.-Württ. VGH in NJW 1963/1687; so jetzt auch der Hess. StGH in DÖV 1970/132

136) Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 80 Rdz. 20, 21; Schmidt-Bleibtreu, Klein, Komm. 2. Aufl. Art. 80 Rdz. 3; Hamann-Lenz, aaO (Anm. 106) Art. 80 Anm. B 5, S. 547; Holtkotten, Bonner Komm., 1950 ff Art. 129 Erl. II A 2 d; J. Kratzer Bay. VBL 1965/265 f; W. Geiger: "Gesetz über das Bundesverfassungsgericht", Komm. 1952, § 76 Erl. 7 S. 245; H. Spanner Bay. VBL 1962/225 ff (228); so jetzt auch H. J. Wolff, aaO (Anm. 25) § 25 VII b 4, S. 130; a. A., soweit ersichtlich, nur Menger-Erichsen VerwArch 57/(1966) S. 64 ff (70); Wilke in v. Mangoldt-Klein aaO (Anm. 5) Art. 80 Anm. V 4 c, d S. 1928 ff; B. Wolff, aaO (Anm. 16) S. 215 f; differenzierend D. Haas DVBL 1954/241 ff

137) v. Hausen DÖV 1960/441 ff (443); v. Hausen/v. der Heide DÖV 1958/753 ff; H.-P. Ipsen: Hamburgs Verfassung und Verwaltung", 1956, S. 319

138) Vgl. Poetzsch, Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages (Bamberg 1922, S. 35 ff, der bereits für die Weimarer Verfassung angenommen hat, daß für Ausnahmen von dem verfassungsrechtlichen Grundsatz, daß die Reichsgesetze vom Reichstag beschlossen werden, ein anderer, wenn auch ungeschriebener Verfassungssatz, notwendig sei.

desregierung vordergründig nicht zu bestehen, da gem. Art. 31 GG auch einfaches Bundesgesetz dem Landesverfassungsrecht vorgeht. Dabei bliebe aber unberücksichtigt, daß die Verteilung der Kompetenzen unter den obersten Landesorganen grundsätzlich einzig und allein Sache der Länder ist ¹³⁹⁾. Trotz Art. 31 GG ergibt sich aus der föderativen Gesamtstruktur, "daß die Grundentscheidungen der Landesverfassung - insbesondere solche organisatorischer Art - soweit sie sich im Rahmen von Art. 28 GG halten, den Vorrang vor jedem Eingriff des Bundesgesetzgebers besitzen ¹⁴⁰⁾". Nur ausnahmsweise kann der Bund auf Grund einer besonderen Zuständigkeit (Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG) in dieses Recht der Länder auf Selbstorganisation eingreifen. Wer dies in Abrede stellt, geht von der überholten Ansicht einer unbeschränkten Souveränität des Bundes gegenüber den Ländern aus ¹⁴¹⁾.

Die bundesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung ist also ein die "horizontale Gewaltenteilung" tangierender Akt, der allerdings aus vertikaler Richtung erfolgt. Die Landesregierung übt bei Erlass der Verordnungen die eigene, originäre Gesetzgebungsgewalt des Landes auf einem vom Grundgesetz der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit der Länder zugeteilten Gebiet aus ¹⁴²⁾.

Nur die Konstruktion der Landesregierung als Landesorgan, welches als Ausdruck der durch sie ausgeübten Landesstaatsgewalt Landesrecht setzt, läßt die bundesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung überhaupt möglich und sinnvoll erscheinen. Wie bereits dargelegt, ist die Ermächtigung bezüglich ihres rein kompetentiellen Elementes nicht an die Voraussetzungen von Art. 72 Abs. 2 GG gebunden. Lediglich die materielle Entscheidung im Sinne von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG stellt sich als Gebrauchmachen des Bundes von seiner konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis gem. Art. 72 Abs. 1, 74 GG dar und ist deshalb vom Vorliegen eines Bedürfnisses nach bundesgesetzlicher Regelung gemäß Art. 72 Abs. 2 GG abhängig. Eine aktuelle Zu-

139) BVerfGE 1/12 ff (19 Leitsatz 37, 34; 11/77 ff (85)

140) Haas, aaO (Anm. 136) S. 243

141) R. Smend: "Verfassung und Verfassungsrecht", 1928 S. 151 (abgedruckt auch in "Staatsrechtliche Abhandlungen", 1963 2. Aufl., S. 254) gegen Laband, aaO (Anm. 50) S. 115; Anschütz, aaO (Anm. 68) S. 160; A. Haenel: "Deutsches Staatsrecht", 1. Bd., 1892, S. 250, 267

142) BVerfGE 18/407 ff (418); Bay. VerfGH, aaO (Anm. 135)

ständigkeit des Bundes auf dem, dem Verordnungsgeber überlassenen Regelungsgebiet, ist für den Erlass eines ermächtigenden Gesetzes selbst nicht erforderlich¹⁴³⁾. Wohl aber ist eine solche Zuständigkeit für den Erlass der Rechtsverordnung durch das ermächtigte Bundesorgan notwendig, was das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 72 Abs. 2 GG zur Voraussetzung hat. Die Qualifizierung der bundesgesetzlich ermächtigten Landesregierung als Bundesstaatsgewalt ausübendes und somit Bundesrecht setzendes Bundesorgan hätte die unhaltbare Konsequenz, daß der Bundesgesetzgeber die Landesregierung den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG entsprechend zwar ermächtigen könnte, diese aber wegen Art. 72 Abs. 2 GG von ihrer Befugnis zur Wahrnehmung der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes deshalb nie Gebrauch machen könnte, weil für eine Regelung, die partielles, nur in einem Land geltendes Bundesrecht darstellt, ein "Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung", was nach Sinn und Zweck der Vorschrift nur als Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung verstanden werden kann¹⁴⁴⁾, nie bestehen kann. Ein solches kann selbst dann nicht bejaht werden, wenn die Landesregierungen aller Länder einheitlich ermächtigt werden, da auch in diesem Falle im Rahmen der Inhalt-, Zweck- und Ausmaßbestimmung divergierende Regelungen der einzelnen Landesregierungen möglich sind. Der in Art. 72 Abs. 2 GG, wenn auch in verschiedenen Intensitätsgraden zum Ausdruck gekommene Gedanke der Erforderlichkeit, erweist sich als unüberwindbares Hindernis für jede Konstruktion des Vorgangs der bundesgesetzlichen Ermächtigung, an dessen Ende die Qualifizierung der erlassenen Verordnung als Bundesrecht steht. "Das der Formulierung des Art. 72 Abs. 2 GG zugrunde liegende Zweck-Mittel-Verhältnis", das "den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit schon auf ein bestimmtes festgelegtes Verhältnis eingefroren hat¹⁴⁵⁾", würde ansonsten mißachtet werden und die Ermächtigung würde eine Veränderung

143) Dies verkennt Hermann, der deshalb konsequenterweise die bundesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung für kompetenzwidrig hält, da der Bund durch die Ermächtigung der Landesregierung selbst zum Ausdruck bringe, daß im Umfange der Ermächtigung ein Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung i. S. v. Art. 72 Abs. 2 GG fehle, vgl.: "Das Verhältnis des Bundesrechts zum Landesrecht und die daraus sich ergebenden Folgen für die Landesgesetzgebung und das Verhältnis von Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit", diss. iur., 1957, S. 44

144) BverfGE 18/407 ff (415)

145) Lerche, aaO (Anm. 4), Übermaß S. 78, 79 Fußn. 193

des "Inbegriffs der staatlichen Machtfülle" ¹⁴⁶⁾ zugunsten des Bundes bewirken. Nach der hier vertretenen Auffassung bedeutet die Ermächtigung jedoch lediglich eine staatsinterne Veränderung der Organisation hinsichtlich der "Innehabung der Machtfülle" ¹⁴⁷⁾. Somit beruht nur das ermächtigende Bundesgesetz, nicht aber die auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen, auf der Gesetzgebungsgewalt des Bundes. In Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht ¹⁴⁸⁾ kann also festgestellt werden: "Bundesrecht, das in allen Ländern der Bundesrepublik regional verschieden ist, widerspräche dem bundesstaatlichen Aufbau", dessen integrierender Bestandteil auch Art. 72 Abs. 2 GG ist. "Die Setzung regional verschiedenen Rechts ist deshalb Sache der Länder".

Dann aber ist es ein evidenten Widerspruch, wenn einerseits bekundet wird, die Verordnungen der bundesgesetzlich ermächtigten Landesregierung seien Landesrecht, andererseits aber angenommen wird, das Land verliere gem. Art. 72 Abs. 1 GG auf Grund dieser Ermächtigung seine Gesetzgebungszuständigkeit. Jede Norm ist Ausdruck der sie tragenden Staatsgewalt und ihre Qualifizierung als Bundes- oder Landesrecht bestimmt sich eben gerade nach der ihr zugrunde liegenden Staatsgewalt. Bundesorgane üben Bundesstaatsgewalt aus und erlassen deshalb Bundesrecht, Landesorgane nehmen die Landesstaatsgewalt wahr und setzen somit Landesrecht ¹⁴⁹⁾. Die Gesetzgebungsgewalt als Ergebnis funktionaler Differenzierung der Staatsgewalt kann aber nur auf Gebieten ausgeübt werden, die nach der verfassungsgesetzlichen Zuständigkeitsverteilung der Art. 70 ff GG dem Zentral- bzw. Gliedstaat zugewiesen wurden. Die Zuordnung der Verordnungen der bundesgesetzlich ermächtigten Landesregierung zum Landesrecht setzt also das Fortbestehen der Landesgesetzgebungskompetenz geradezu voraus ¹⁵⁰⁾.

In Verfolg dieser Ansicht ergibt sich bei der bundesgesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung im Bereich der ausschließlichen Bundesgesetzgebung eine besondere Konstellation. Da auch in diesem Falle die Landesregierung Landes-

146) Barbey, aaO (Anm. 33), S. 118

147) Barbey, aaO (Anm. 146)

148) BVerfGE 18/407 ff (416)

149) BVerfGE 18/407 ff (414)

150) Spanner, aaO (Anm. 136), S. 228 meint, der Auffassung, daß die bundesgesetzlich ermächtigte Landesregierung in Ausübung von Landesstaatsgewalt Landesrecht setze, sei beizupflichten "und zwar insbesondere schon aus dem grundsätzlichen Kompetenzverteilungsprinzip, wie es in Art. 30 und Art. 83 GG enthalten ist, wonach im Zweifel die Kompetenz der Länder anzunehmen ist".

organ bleibt, deren Rechtsetzungsakte Ausdruck der Landesstaatsgewalt sind, würde sich die Gesetzgebungsgewalt auf einen Bereich erstrecken, der nach der bundesstaatlichen Verteilung der Gesetzgebungsaufgaben gar nicht zur Zuständigkeitssphäre der Länder gehört. Das aber ist nicht möglich. Wenn der Landesregierung ausnahmsweise die nach der Landesverfassung dem Landtag als ordentlichem Landesgesetzgebungsorgan zustehende Kompetenz zur Wahrnehmung der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder zugewiesen wird, so setzt dies voraus, daß auf dem betreffenden Gebiet eine Landeskompetenz auch besteht, da eine Kompetenz ohne eine Materie, bezüglich derer sie in Erscheinung treten kann, ein Unding ist ¹⁵¹⁾. Eine solche Gesetzgebungskompetenz der Länder kann nur im Wege einer Ermächtigung gem. Art. 71 GG begründet werden. Bei der bundesgesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung zur Rechtsetzung auf einen nach der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes zugeordneten Bereich liegt somit ein Fall einer Koppelung zweier Ermächtigungen vor, die sich allerdings auf verschiedenen Ebenen abspielen: Die Zuweisung einer Zuständigkeit des Bundes an das Land gem. Art. 71 GG uno actu mit der Zuweisung der Kompetenz des Landtags an die Landesregierung, diese neu begründete Landeszuständigkeit wahrzunehmen. Dies bedeutet zugleich, daß die Grenzen, die einer gesetzlichen Ermächtigung der Länder nach Art. 71 GG gesetzt sind - ob und in welchem Umfange sei hier dahingestellt - notwendigerweise zugleich Grenzen einer gesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung gem. Art. 80 Abs. 1 GG sind.

Die landesrechtliche Natur der Verordnungen der bundesgesetzlich ermächtigten Landesregierung bedingt aber nur das Weiterbestehen der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Landes. Der Ausschluß des Landesgesetzgebers als landesintern zuständiges Gesetzgebungsorgan ist damit noch nicht entschieden. Eine Sperrung des Landesgesetzgebers könnte aber nicht unmittelbar auf Art. 72 Abs. 1 GG gestützt werden. Art. 72 Abs. 1 GG grenzt unmittelbar nur die Gesetzgebungszuständigkeiten von Bund und Ländern im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung ab, nicht aber die Kompetenzen der zur Wahrnehmung dieser Zuständigkeiten berufenen Gesetzgebungsorgane. Die Sperrung des ordentlichen Landesgesetzgebungsorgans ist lediglich eine Folge des nach Art. 72 Abs. 1 GG eingetretenen Zuständigkeitsverlustes des Landes, weil das Staatsorgan in Ausübung seiner Kompetenz nur von Zuständigkeiten Gebrauch machen kann, die

151) Kuhne, aaO (Anm. 38) S. 23

dem Staat selbst zustehen. Wenn das Land deshalb nach Art. 72 Abs. 1 GG seine Zuständigkeit verliert, so wird insoweit auch das Landesorgan gesperrt, zwar nicht unmittelbar durch Art. 72 Abs. 1 GG, aber als dessen automatische Folge, da "eine Zuständigkeit an sich, ohne ein Material, in bezug auf das sie in Erscheinung treten kann, nicht denkbar ist" ¹⁵²⁾.

Die These, daß bei Verlust der Gesetzgebungszuständigkeit des Landes automatisch auch die Kompetenz des Gesetzgebungsorgans des Landes beseitigt wird, erlaubt aber nicht ausnahmslos den Umkehrschluß, daß bei Fortbestehen der Zuständigkeit des Landes auch die Kompetenz des Landesorgans erhalten bleibt. Gerade im Falle der bundesgesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung könnte das bis dahin zuständige ordentliche Landesgesetzgebungsorgan insoweit seine Kompetenz verlieren, obgleich die Zuständigkeit des Landes selbst gewahrt bleibt. Dieser Kompetenzverlust des Landesparlaments wurde aber nicht gem. Art. 72 Abs. 1 GG, sondern durch das ermächtigende Bundesgesetz selbst bewirkt werden, dem damit eine selbständige, kompetenzentscheidende Bedeutung hinsichtlich der innerstaatlichen Kompetenzordnung zukäme. Die bundesgesetzliche Ermächtigung würde nicht nur die Zuständigkeit der Landesregierung konstituieren, sondern zugleich diejenige des Landesparlaments limitieren.

Die Möglichkeit, einerseits eine Sperrung der Zuständigkeit des Landes gem. Art. 72 Abs. 1 GG zu verneinen, andererseits aber eine Sperrung des Landesorgans gem. bundesgesetzlicher Entscheidung zu bejahen, hat, soweit ersichtlich, nur das Bundesverfassungsgericht in voller Schärfe erkannt ¹⁵³⁾. Bei vielen Autoren wirkt sich die mangelnde Vorarbeit bei der Klärung des Begriffs der Gesetzgebungszuständigkeit ¹⁵⁴⁾ und das Fehlen einer genauen Analyse der Ermächtigung dahingehend aus, daß sie, ohne rechtes begriffliches Bewußtsein, den Unterschied zwischen einem Kompetenzverlust des Landes und einem Kompetenzverlust des Landesgesetzgebers verwischen und in wahlweiser Formulierung einen solchen Verlust bejahen bzw. verneinen, weil der Bund durch die gesetzliche Ermächtigung der Landesregierung gem. Art. 72 Abs. 1 GG von seinem Gesetzge-

152) Kuhne, aaO (Anm. 151)

153) BVerfGE 18/407 ff (417)

154) siehe oben S. 17, 18

bungsrecht Gebrauch bzw. nicht Gebrauch gemacht habe¹⁵⁵⁾.

155) Vgl. Zippelius, aaO (Anm. 112), S. 448: Der Bundesgesetzgeber hat nämlich durch die Ermächtigung der Landesregierung von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch gemacht (Art. 72 Abs. 1 GG) Dadurch hat er eine anderweitige landesgesetzliche Regelung ausgeschlossen. Eine solche Sperrwirkung gegenüber dem Landesgesetzgeber; Haas, aaO (Anm. 67) S. 242 f: "Soweit die Ermächtigung reicht, ist der Landesgesetzgeber ausgeschaltet, weil insoweit der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch gemacht hat".

II Die bundesgesetzliche Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen im Verhältnis zur innerstaatlichen Kompetenzverteilung der Länder

Sperrung des Landesgesetzgebers durch die bundesgesetzliche Ermächtigung?

a) der Bundesregierung oder eines Bundesministers

Die bisherigen Erörterungen haben ergeben, daß die bundesgesetzliche Ermächtigung der Bundesregierung oder eines Bundesministers auf ihrer kompetentiel-
len Seite, eine Veränderung der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern
weder selbst unmittelbar beinhaltet, noch gem. Art. 72 Abs. 1 GG bewirkt. Ein
Verlust der Länderkompetenzen tritt vielmehr gem. Art. 72 Abs. 1 GG nur im
Umfange der bundesgesetzlichen Regelung, einschließlich des von Art. 80 Abs. 1
S. 2 GG geforderten "Minimums" ein, insoweit verliert auch das Landesparla-
ment, als ordentliches Gesetzgebungsorgan, seine Kompetenzen. Ein darüber
hinausgehender Kompetenzverlust des Landesgesetzgebers ist weder Gegenstand
noch Folge der bundesgesetzlichen Ermächtigung. Diese enthält lediglich eine
rein bundesinterne Regelung der Kompetenzverteilung zwischen den obersten Bun-
desorganen in dem Sinne, daß neben dem regulären Bundesgesetzgebungsorgan
nunmehr das ermächtigte Bundesorgan als irreguläre Bundesgesetzgebungsorgan
zur Wahrnehmung der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes befugt ist. Ein
weitergehender Ausschluß des Landesgesetzgebers hätte die unannehbare Folge,
daß die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder an sich fortbestehen würde, daß
aber kein Landesorgan zu deren Wahrnehmung kompetent wäre.

b) der Landesregierung

Hinsichtlich der bundesgesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung ist
Ipsen¹⁵⁶⁾ der Ansicht, daß es sich um Materien handle, in denen der Bund von
seiner konkurrierenden Kompetenz eben Gebrauch gemacht habe, die Landeszu-
ständigkeit also kraft Sperrwirkung erloschen wäre, wenn nicht gerade der Bund
den Landesregierungen den Raum erschlösse, innerhalb dessen ihnen eine ver-
ordnungsmäßige Regelung ermöglicht werde. So habe die Anwendung des Art. 80

156) Ipsen: "Hamburgs Verfassung und Verwaltung", 1956, S. 318, 319

Abs. 1 S. 1 GG in diesen Fällen die Funktion, die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG zu lockern und den Ländern einen begrenzten Kompetenzbereich, trotz Inanspruchnahme der konkurrierenden Bundeszuständigkeit, zu belassen. Andererseits erkaufe das Land als solches die Befugnis zur ihm sonst verwehrten Normsetzung aus Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG mit der bundesmäßigen Ausschaltung des Landesgesetzgebers, an dessen Stelle allein die Landesexekutive kompetent werde. Die bundesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung ignoriere also das Landesrecht, soweit dieses die Normsetzung der förmlichen Gesetzgebung, der Volksvertretung, zuweise.

Ipsen scheint also die Auffassung zu vertreten, daß die bundesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung eine Materie betrifft, die der Bund gem. Art. 72 Abs. 1 GG an sich bereits vereinnahmt hat, daß aber durch die Ermächtigung gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG dem Land als solchem wieder Gesetzgebungsbefugnisse eingeräumt werden, wengleich auch mit der Maßgabe, daß insoweit nur die Landesregierung kompetent sein soll. Demgemäß wurde bei der bundesgesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung letztlich eine Doppelermächtigung vorliegen, die auf zwei verschiedenen Ebenen, zu zwei verschiedenen Zuständigkeitsverschiebungen führt: die Zuweisung einer Eigenzuständigkeit des Bundes an das Land und die Zuweisung einer Wahrnehmungszuständigkeit des Landesparlaments an die Landesregierung.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, daß nicht beide Ermächtigungen auf Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG gestützt werden können, da nach dieser Bestimmung nicht das Land als solches, sondern allein das Landesorgan 'Landesregierung' Adressat einer bundesgesetzlichen Ermächtigung sein kann. Eine Ermächtigung des Landes selbst, käme allenfalls nach Art. 71 GG in Betracht. Da es sich jedoch um eine Materie der konkurrierenden Gesetzgebung handelt, erscheint die Möglichkeit solchen Vorgehens zweifelhaft. Zwar wird von Klein¹⁵⁷⁾ die Meinung vertreten, daß der Bund auch auf den Sachgebieten der konkurrierenden Gesetzgebung die Länder gem. Art. 71 GG zur Gesetzgebung ermächtigen könne, wenn die Art und Weise seiner Zuständigkeit eine nachträglich ausschließliche geworden sei. Dagegen sprechen jedoch mehrere Erwägungen. Die alternativ-konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes kann sich nur insoweit zur nachträglich-ausschließlichen Ge-

157) v. Mangoldt-Klein, aaO (Anm. 5) Art. 72 Anm. II 1 b S. 1433

setzungszuständigkeit des Bundes entwickeln, als der Bund eine vollständige materielle Regelung der betreffenden Sachgebiete vornimmt, was aber im Falle einer bundesgesetzlichen Verordnungsermächtigung in der Regel nicht angenommen werden kann. Aber selbst, wenn man das Bestehen einer vollständigen und erschöpfenden bundesgesetzlichen Regelung unterstellt, ist eine Ermächtigung gem. Art. 71 GG im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nur dann vertretbar, wenn man diese, wie Klein, als "eine dezentralisierte Bundesgesetzgebung mittels der Landesgesetzgebung ohne Begründung einer Landesgesetzgebungskompetenz" ansieht, bei der dem Land keine "Eigenzuständigkeit", sondern eine bloße "Wahrnehmungs"-Zuständigkeit zugewiesen wird, weshalb auch das zufolge der Ermächtigung gesetzte Recht Bundesrecht ist¹⁵⁸⁾. Qualifiziert man jedoch mit der ganz überwiegenden Meinung¹⁵⁹⁾ die Ermächtigung nach Art. 71 GG als Zuweisung einer Eigenzuständigkeit des Bundes an das Land und das von den Ländern auf Grund dieser Ermächtigung erlassene Recht richtigerweise als Landesrecht, so ergibt sich die widersinnige Situation, daß der Ausübung der Ermächtigung deren eigene Voraussetzung, nämlich die Vollständigkeit der bundesgesetzlichen Regelung, im Wege steht. Die bundesgesetzliche Regelung, die einerseits Voraussetzung für die Begründung der nachträglich-ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes gem. Art. 71 und damit der Ermächtigung der Länder ist, hindert andererseits gem. Art. 31 GG die Wirksamkeit jedweder landesrechtlichen Regelung auf diesem Gebiet. Die Voraussetzung zum Erlaß ist zugleich Ursache der Aufhebung. Unter diesen Umständen muß die Möglichkeit einer Ermächtigung der Länder gem. Art. 71 im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung ausscheiden.

Obgleich der Konstruktion Ipsens aus den dargelegten Gründen die Zustimmung versagt werden muß, bleibt deren Ergebnis gleichwohl von grundsätzlichem Interesse, da hier erstmals der Gedanke Eingang gefunden hat, die Eigenzuständigkeit des Landes zu bejahen und lediglich die Wahrnehmungszuständigkeit des ordentlichen Landesgesetzgebungsorgans zu verneinen.

158) v. Mangoldt-Klein, aaO (Anm. 5) Art. 71 Anm. IV 10, 11 S. 1426 f

159) Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 71 Rdz. 10 a. E.;
Hamann-Lenz, aaO (Anm. 106) Art. 71 Erl. 2, S. 513 f;
Schmidt-Bleibtreu, Klein, aaO (Anm. 136) Art. 71 S. 546;
Schweiger, DÖV 1954/481 ff, S. 483

Diesen Weg hat dann auch das Bundesverfassungsgericht¹⁶⁰⁾ beschritten. Ein Ausschluß der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder gem. Art. 72 Abs. 1 GG könne nicht angenommen werden, da unter "Gebrauchmachen" eine erschöpfende materielle Regelung gemeint sei. Gerade der Umstand, daß die Landesregierung zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigt werde, sei jedoch ein Beweis dafür, daß der Bundesgesetzgeber die Materie nicht erschöpfend geregelt habe. Das bedeute aber nicht, daß anstelle der Landesregierung auch der Landesgesetzgeber die ergänzende Regelung treffen könne, denn die bundesgesetzliche Ermächtigung enthalte die Entscheidung, daß nur der Ordnungsgeber des Landes jene ergänzende Regelung soll erlassen können.

Diese Ansicht steht im Gegensatz zu den vom Bundesverfassungsgericht anläßlich der Auslegung des Begriffes "Landesregierung" selbst entwickelten Gedanken, ob ihrer grundsätzlichen Bedeutung, auch hinsichtlich des hier anstehenden Problems Verwertung finden können. Das Gericht¹⁶¹⁾ führte zutreffend aus:

Der für die Auslegung des Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG entscheidende Gesichtspunkt ist jedoch die Rücksicht auf das bundesstaatliche Prinzip, auf dem die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland beruht. Grundsätzlich respektiert die Bundesverfassung die Verfassungsordnung der Länder: ein Eingriff in die Verfassungsordnung ist nur zulässig, soweit es das Grundgesetz ausdrücklich bestimmt oder zuläßt. Vor allem dort, wo das Grundgesetz die Grenze zwischen den Kompetenzen des Bundes und denen der Länder zieht, verzichtet es in der Regel darauf, die Verfassungsorgane der Länder zu bestimmen, die die Landeskompetenzen wahrzunehmen haben; es verweist damit insoweit auf das Landesverfassungsrecht. Aus ihm ergibt sich, welches Organ die Zuständigkeiten wahrzunehmen hat, die in den grundgesetzlichen Bestimmungen den Ländern zugewiesen sind. Entsprechendes gilt auch für die bundesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG. Das ist eine "föderalistische", dem Bundesgesetzgeber Schranken ziehende Auslegung des Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG". In glei-

160) BVerfGE 18/407 ff (417); a. A. scheinbar S. 418, wo das Gericht meint, daß die Möglichkeit, daß der Landtag die Verordnung der Landesregierung aufhebt, ohne praktische Bedeutung sei und daß in diesem Falle Maßnahmen gegen das Land in Frage kämen, wenn dadurch der Vollzug des Bundesgesetzes in dem betreffenden Land, etwa wegen fehlender Durchführungsverordnungen, unmöglich werde.

161) BVerfGE 11/77 ff (85 f)

cher Richtung wird in einer anderen Entscheidung¹⁶²⁾ argumentiert: "Eine weitere Grundlage der Verfassung ist das bundesstaatliche Prinzip. Die Länder sind als Glieder des Bundes, Staaten mit eigener - wenn auch gegenständlich beschränkter - nicht vom Bund abgeleiteter, sondern von ihm anerkannter, staatlicher Hoheitsmacht. In ihren Bereich gehört die Gestaltung der verfassungsmäßigen Ordnung im Lande, solange sie sich im Rahmen von Art. 28 Abs. 1 GG hält. Insbesondere ist die Bestimmung von Regeln, nach denen sich die Bildung der Landesverfassungsorgane, ihre Funktionen und Kompetenzen bemessen, ausschließlich Sache des Landes".

Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG und die darauf beruhende gesetzliche Ermächtigung der Landesregierung stellen also, im Lichte des Bund - Länder - Verhältnisses gesehen, einen ausnahmsweise erlaubten "Eingriff" des Bundes in das Selbstorganisationsrecht der Länder dar. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG ist eine Bestimmung, die die Ermächtigung der Landesregierung gerade im Hinblick auf den bundesstaatlichen Aufbau zuläßt¹⁶³⁾. Dies sind die maßgeblichen Aspekte bei der Interpretation der bundesgesetzlichen Ermächtigung. Der Eingriff in die Landesorganisation ist möglichst gering zu halten¹⁶⁴⁾. Wenn der Bundesgesetzgeber mit der Ermächtigung der Landesregierung zugleich das Landesparlament ausschalten wollte, griffe er "ohne Not korrigierend, in die Kompetenzverteilung ein, die die Landesverfassung getroffen hat", was das Bundesverfassungsgericht¹⁶⁵⁾ in anderem Zusammenhang für unzulässig gehalten hat. Dies deshalb, weil der ordentliche Landesgesetzgeber ebenso wie der Landesverordnungsgeber nur im Rahmen der Inhalt-, Zweck- und Ausmaßbestimmung rechtsetzend tätig werden kann, da beide lediglich die, gem. Art. 72 Abs. 1 i. V. m. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG eingeschränkte Gesetzgebungszuständigkeit des Landes wahrnehmen. Zwar ist es richtig, daß der Landesverordnungsgeber infolge des Einflusses, den der Bundesgesetzgeber auf die materielle Rechtsgestaltung der Länder durch die Inhalt-, Zweck- und Ausmaßbestimmung nimmt, in seiner Rechtsetzung weniger frei ist

162) BVerfGE 1/12 ff (34)

163) BVerfGE 18/407 ff (419)

164) Zippelius, aaO (Anm. 112) S. 445: "Die Verfassungssätze sind demgemäß so auszulegen, daß sie auf das Verfassungsleben der Länder größtmögliche Rücksicht nehmen". Das ist nicht nur eine Auslegung der Einzelbestimmung des Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG vom bundesstaatlichen Prinzip her, sondern es entspricht auch der allgemeinen Auslegungsregel, daß Ausnahmeregelungen eng auszulegen sind.

165) BVerfGE 11/77 ff (86)

als es der Landesgesetzgeber dann ist, wenn der Bundesgesetzgeber nach Art. 72 GG auf einem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung nur teilweise tätig geworden ist¹⁶⁶⁾. Hat der Bundesgesetzgeber jedoch darüber hinaus die Landesregierung ermächtigt, so besteht hinsichtlich dieses Regelungsbereiches eine inhaltsgleiche Zuständigkeit beider Landesorgane. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß die Zuständigkeit des Landesparlaments als Folge des Zuständigkeitsverlustes des Landes gem. Art. 72 Abs. 1 i. V. m. der Sachentscheidung nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nachträglich beschränkt wurde, während die Kompetenz der Landesregierung von vornherein gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 u. 2 GG nur in diesem Umfange begründet wurde. Hinsichtlich des Inhalts der zu erlassenden Rechtssetzungsakte besteht also kein berechtigtes Interesse an einem Ausschluß des Landesparlaments, solange und soweit die Landesregierung zuständig ist.

Allerdings könnte die Rangverschiedenheit des vom Landesgesetzgeber und des vom Landesverordnungsgeber gesetzten Rechts eine Sperrung des Landesparlaments rechtfertigen. Sinn und Zweck einer bundesgesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung besteht nicht nur in der Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer im Rahmen von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG regional differenzierten Sachregelung - dazu ist sowohl das Landesparlament als auch die Landesregierung in der Lage -, sondern auch darin, eine schnelle Anpassung an sich rasch wandelnde Verhältnisse, die in vollem Umfange häufig nur im Verordnungswege erfolgen kann, zu ermöglichen. Die Erreichung dieses Ziels könnte dadurch weiter erschwert, wenn nicht gar verhindert werden, daß der Landesgesetzgeber von der vorbestehenden Gesetzgebungsbefugnis des Landes Gebrauch macht, die Landesverordnungen somit nicht nur an die bei Erlass der Ermächtigung bestehenden Landesgesetze gebunden ist. Es stellt sich deshalb die Frage, ob aus der ratio der Verordnungsermächtigung, aus der als notwendig und legitim anerkannten "institutionellen Funktion der Rechtsetzungsermächtigung im staatlichen Rechtsschöpfungsprozeß"¹⁶⁷⁾ der Schluß gezogen werden darf, daß Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG so auszulegen ist, daß er auch eine in der Ermächtigung der Landesregierung enthaltene bundesgesetzliche Entscheidung stützt, daß nur der Landesverordnungsgeber den gem. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vorgegebenen Rahmen auszufüllen berechtigt sein soll, um damit die Ermächtigung nicht nur rechtlich, sondern

166) BVerfGE 18/407 ff (416)

167) Schmidt NJW 1952/1239 ff (1241)

auch faktisch wirksam werden zu lassen, oder ob der ermächtigende Bundesgesetzgeber sich damit abfinden muß, daß ein Gebrauchmachen von seiner Ermächtigung durch das Tätigwerden des Landesgesetzgebers eingeschränkt oder gar verhindert wird.

Die gleichen rechtsstaatlich-demokratischen Gründe, die für den Fall, daß das regulär zuständige Gesetzgebungsorgan selbst eine irreguläre Zuständigkeit eines Verwaltungsorgans begründet, lediglich eine konservierende Delegation rechtfertigen, führen auch in dem Falle, daß die Begründung der irregulären Kompetenz zulässigerweise durch einen Dritten erfolgt, zu der Annahme, daß die außerordentliche Zuständigkeit der Landesregierung nur neben die ordentliche Zuständigkeit des Landesparlaments tritt. Ebensowenig, wie der Bundesgesetzgeber die Bundesregierung bzw. der Landesgesetzgeber die Landesregierung unter Berufung darauf privativ ermächtigen kann, daß dem rechtsstaatlich-demokratischen Anliegen damit Genüge getan sei, daß ja noch der ordentliche Landes- bzw. Bundesgesetzgeber zuständig bleibt, kann bei der bundesgesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung ein Ausschluß des ordentlichen Landesgesetzgebers mit dem Hinweis auf die daneben bestehende Kompetenz des ordentlichen Bundesgesetzgebungsorgans bejaht werden. Die Konkurrenz der Zuständigkeiten, wie sie durch eine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen typischerweise geschaffen wird, kann immer nur in bezug auf die Ausübung ein- und derselben Gesetzgebungsgewalt gesehen werden, d. h. immer nur im Verhältnis des regulären zum irregulären Gesetzgebungsorgan innerhalb der jeweiligen staatsinternen Zuständigkeitsordnung, die durch die Ermächtigung eine Veränderung erfahren hat ¹⁶⁸⁾. Eine Gesetzgebungszuständigkeit des Landes, von deren Wahrnehmung der parlamentarische Landesgesetzgeber ausgeschlossen ist, ist deshalb aus rechtsstaatlich-demokratischen Erwägungen heraus abzulehnen. Außerdem könnte die Sperrung des ordentlichen Landesgesetzgebers eine Bindung des Landesverordnungsgebers an die zum Zeitpunkt der bundesgesetzlichen Ermächtigung bereits bestehenden Landesgesetze ohnehin nicht verhindern. Um dieses "Hindernis" zu beseitigen, bleibt dem Bundesgesetzgeber nur die Möglichkeit einer Ermächtigung von Bundesorganen. "Entscheidet er sich wegen der Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit territorialer Differenzierung für die Ermächtigung der Landesregierung, so liegt darin nicht nur ein Hinnehmen der Verschiedenheit der tat-

168) Also nicht notwendigerweise im Verhältnis des Deleganten zum Delegatar

sächlichen, sondern auch der diesen angepaßten rechtlichen Verhältnisse' ¹⁶⁹⁾.

Die oben bewußt überspitzt dargelegte potentielle Behinderung einer etwaigen Verordnungsgebung der bundesgesetzlich ermächtigten Landesregierung durch den Landesgesetzgeber wird sich in der Praxis weit weniger drastisch ausnehmen. Es kann wohl kaum davon ausgegangen werden, daß dem Entlastungsinteresse des Bundesgesetzgebers ein Belastungsinteresse des Landesgesetzgebers entspricht, dergestalt, daß aus der Konkurrenz der Kompetenzen von regulärem und irregulärem Landesgesetzgebungsorgan eine Rivalität erwächst, die das Landesparlament unter allen Umständen zu seinen Gunsten zu entscheiden trachtet. Zudem wird sich der Landesgesetzgeber in vielen Fällen bei der rechtlichen Erfassung der Materie denselben Schwierigkeiten gegenübersehen, die den Bundesgesetzgeber gerade zu der Ermächtigung der Landesregierung veranlaßt haben mögen, da es sich hierbei vielfach nicht nur um spezielle Erschwernisse für den Bundesgesetzgeber, sondern für den Gesetzgeber überhaupt handeln wird.

Letzten, noch verbleibenden Bedenken kann auf andere Weise Rechnung getragen werden, nämlich durch eine Bejahung der Zulässigkeit von Ermächtigungen zum Erlass gesetzesvertretender Verordnungen in dem Sinne, daß diesen aktive, formelle Gesetzeskraft zukommt. Gemessen an dem pauschalen Ausschluß des ordentlichen Landesgesetzgebers bietet sich damit eine flexiblere und weniger einschneidende Lösung an.

Die schnelle und wirksame Anpassung an rasch wechselnde Verhältnisse ist ein fundamentales Anliegen und eine der entscheidenden Rechtfertigungen exekutiver Rechtsetzung. Deshalb ist von diesem Sinn und Zweck einer Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen und von einem materiellen Verständnis des Vorrangs des Gesetzes aus die Zulässigkeit gesetzesändernder Verordnungen nicht von vornherein schlechthin zu verneinen. In dieser Richtung argumentiert Lerche ¹⁷⁰⁾: "Wenn ein Gesetz über die Sachentscheidung hinausgeht und gleichsam den Vollzug an sich reißt, so mag die Identität der Sachentscheidung im schnellen Wandel der äußeren Umstände mitunter nur dadurch bewahrt werden können, daß der Verwaltung Abänderungsbefugnisse eingeräumt werden. Kann man hier auch von einer Verlagerung der Gesetzgebung sprechen, so doch nicht von einer unzulässigen. Denn der Gesetzgeber bewegt sich dabei von vornherein auf einem Gebiet, das einem wohlverstandenen Gesetzesbegriff im Sinne einer

169) Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 80 Rdz. 21

170) Lerche, aaO (Anm. 24) S 534

Bindung an das Gewichtige nicht zugeordnet werden kann. Die "Verlagerung" ist daher in Wahrheit eine Rückverlagerung und bleibt in diesen engen Grenzen, also nur im Falle einer gesetzlichen Sachentscheidung zulässig."

Einer pauschalen Ablehnung gesetzesändernder Rechtsverordnungen mit der Begründung, daß damit stets eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips verbunden sei, kann jedenfalls nicht zugestimmt werden. Der Hinweis auf Art. 129 Abs. 3 GG vermag nicht zu überzeugen, da diese Sonderregelung keine allgemeine Schlußfolgerung auf den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit erlaubt. Ebensowenig kann dieser Vorschrift aber im Wege des argumentum e contrario entnommen werden, daß nachkonstitutionelle gesetzesändernde Verordnungen schlechthin zulässig sind¹⁷¹⁾. Vielmehr bestimmt sich deren verfassungsrechtliche Beurteilung allein nach Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG, der zumindest seinem Wortlaut nach, auch Ermächtigungen zum Erlass gesetzesändernder Rechtsverordnungen deckt. Zu Recht verneint Christoph Peter¹⁷²⁾ die Frage, ob vielleicht das Grundgesetz "im Gesamtzusammenhang seiner Regeln zum Ordnungsrecht oder darüber hinaus zur rechtsstaatlichen Gewaltenteilung den Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG einschränkend im Sinne eines Ausschlusses gesetzesändernder Verordnungen verstanden wissen will". Weder aus dem Wortlaut noch aus der ratio von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG ist eine a priori gegebene Unzulässigkeit gesetzesändernder Verordnungen abzuleiten. Nach dem Maßstab des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG richtet sich die Zulässigkeit einer Verordnungsermächtigung allein danach, ob diese nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt ist, nicht aber danach, ob der Verordnung aktiv-formelle Gesetzeskraft zukommt oder nicht. Eine Ermächtigung zum Erlass gesetzesändernder Verordnungen ist deshalb dann zulässig, wenn die Änderungsmöglichkeiten im ermächtigenden Gesetz hinreichend bestimmt sind. Gesetzesändernde und gesetzesabhängige Verordnungen unterliegen, rechtlich gesehen in genau der gleichen Weise dem Konkretisierungsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG¹⁷³⁾, doch liegt bei gesetzesändernden Rechtsverordnungen ein tatsächliches andersartiges Betroffensein in dem Sinne vor, daß der in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG enthaltene Bestimmtheitsgrundsatz in diesen Fällen besonders strenge Beachtung verlangt. Ebenso wie die typische Besonderheit des zur Regelung anstehenden Le-

171) Ch. Peter, aaO (Anm. 25) S. 374
Lerche, aaO (Anm. 24) S. 534 Fußn. 104

172) Ch. Peter, aaO (Anm. 25) S. 371 ff

173) Hasskarl, aaO (Anm. 1) Begrenzung, S. 195

bensbereiches und das sachliche Gewicht der dem Verordnungsgeber überlassenen Regelung ist auch das rechtliche Gewicht der exekutiven Rechtssetzung ein Differenzierungsgesichtspunkt, der das im Einzelfall erforderliche Maß an Bestimmtheit mit festlegt.

Darüber hinaus verlangt das Rechtsstaatsprinzip als solches, unabhängig von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, keine Einschränkung des Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG im Sinne eines Ausschlusses gesetzesändernder Verordnungen. Der allgemeine Grundsatz kann, im Zusammenhang mit der Ermächtigungsproblematik, nur über Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, mit dem er in Wechselwirkung steht, Impulse abgeben.

III Die bundesgesetzliche Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen im Verhältnis zur Ermächtigungskompetenz des Landesgesetzgebers

1) Ausschluß landesgesetzlicher Ermächtigung der Landesregierung infolge bundesgesetzlicher Ermächtigung der Landesregierung?

Im Mittelpunkt der bisherigen Erörterung stand das Problem des Ausschlusses des Landes oder des Landesgesetzgebers von einer eigenen, unmittelbaren, materiellen Regelung des, der Landesregierung, im Rahmen von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG überlassenen Ausschnitts aus dem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung. Nunmehr soll der Frage nachgegangen werden, ob und gegebenenfalls wieweit durch die bundesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung eine Sperre des Landesgesetzgebers hinsichtlich einer landesgesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung eingetreten ist.

Im Gegensatz zur gesetzlichen Ermächtigung der Bundesregierung oder eines Bundesministers, die nur durch Bundesgesetz erfolgen kann, sind zur gesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung sowohl der Bund gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG als auch die Länder gemäß den Bestimmungen der einzelnen Landesverfassungen zuständig. Es scheint deshalb nahe zu liegen, nicht nur die sachliche Komponente (im Sinne von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG), sondern auch die kompetentielle Komponente (im Sinne von Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG) einer bundesgesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung zuzurechnen, mit der Folge, daß das Land und damit auch der Landesgesetzgeber gem. Art. 72 Abs. 1 GG ihre Ermächtigungskompetenz verlieren, sobald und soweit der Bund von dieser Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat.

Nawiasky¹⁷⁴⁾ vertrat in der Tat die Auffassung, daß sich die, dem Wesen des Bundesstaates entsprechende Aufteilung der Staatsgewalt zwischen Bund und Ländern, "ebensogut wie auf ein anderes Gebiet auch auf die Organisation der Gewalten" beziehen kann, da - trotz der unbestreitbaren Minderung der Organisationsgewalt der Gliedstaaten - ihr Charakter als Staaten solange nicht beseitigt werde, als ihnen ein "Stück selbständiger Herrschaftsgewalt" belassen werde.

Demgegenüber macht Forsthoff¹⁷⁵⁾ Bedenken aus der Eigenstaatlichkeit der Länder geltend. Er ist der Ansicht, die Regelung der Staatsorganisation der Länder

174) Nawiasky, "Der Bundesstaat als Rechtsbegriff" S. 89

175) Forsthoff, aaO (Anm. 56) S. 29 ff, 41 ff

habe "jenseits aller sachlichen Regelung, insbesondere jenseits der verfassungsmäßigen Kompetenzverteilung, ihre systematische Stelle". Die Erkenntnis von Schmitt, daß jede Kompetenz, auch die Kompetenz-Kompetenz, nicht etwas Grenzenloses sein könne, wenn der Kompetenzbegriff sich nicht selbst aufgeben wolle, erhalte für den Bundesstaat eine besondere Bedeutung, "als hier die Schranke, außer in den fundamentalen, die Staatsform festlegenden Vorschriften auch in der Rechtsnatur der Beteiligten (Bund und Gliedstaat)" gesehen werden müsse. Im Bundesstaat erfolge die Aufteilung der Zuständigkeiten nicht nur unter den Organen ein- und desselben Staates, sondern auch zwischen zwei gesonderten Staatsgewalten. Dabei müsse die Staatsnatur der Beteiligten beibehalten werden. Dazu führt er aus: "Im Verhältnis zu einer anderen Staatsgewalt, also nach außen hin, werden nun gewisse Angelegenheiten, die innerhalb des Gliedstaates kompetenzmäßig festgelegt sind, zu einer jeden Teilung und Begrenzung unzugänglichen Funktion: alle Rechte in bezug auf die eigene staatliche Ordnung. Die Existenz des Staates, die ja auch durch den Bundesstaat nicht vernichtet werden soll, schließt ohne weiteres die Fähigkeit zur Verfügung über seine Form in sich. Denn wenn der Staat seine eigene öffentliche Ordnung und das Recht zur freien Verfügung über sie, das von Georg Meyer so stark hervorgehobene Recht der Selbstorganisation verliert, hört er auf Staat zu sein. Hier besteht also ein Bereich staatlichen Handelns, der ein absolutum ist und vernünftigerweise von dem bundesstaatlichen Kompetenzbegriff nicht erfaßt werden kann. Es ist wohl möglich, die Ermächtigung zur gesetzlichen Regelung des Vereinswesens, des bürgerlichen Rechts etc. zwischen dem Bund und dem Gliedstaat zu teilen, also kompetenzmäßig festzusetzen. Unlogisch ist es aber zu sagen, daß die Gliedstaaten zur Regelung ihrer institutionellen Existenz 'kompetent' seien und daß in bezug auf diese 'Kompetenz' eine Teilung mit dem Zentralstaat möglich sei".

Das Grundgesetz hat diese grundsätzliche Frage in Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG entschieden. Demgemäß hat hinsichtlich der Kompetenzverteilung zwischen den obersten Landesorganen, was die Ermächtigung der Landesregierung betrifft, eine Teilung zwischen Bund und Ländern stattgefunden. Damit ist aber nicht ohne weiteres gesagt, daß Bund und Länder insoweit alternativ-konkurrierend im Sinne von Art. 72 GG zuständig sind. Zweifel ergeben sich aus dem Umstand, daß die Gesetzgebung des Bundes im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung "in jedem Fall" an die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG gebunden ist¹⁷⁶⁾.

176) BVerfGE 1/12 ff (35)

Auf den Fall einer gesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung bezogen, ergibt sich dabei folgende Ungereimtheit:

- (2) Der Bund hat in diesem Bereich das Gesetzgebungsrecht (=das Recht zur gesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung), soweit ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung (=nach bundesgesetzlicher Ermächtigung der Landesregierung) besteht, weil
 1. eine Angelegenheit (=eine gesetzliche Ermächtigung der Landesregierung) durch die Gesetzgebung einzelner Länder nicht wirksam geregelt werden kann
 2. die Regelung einer Angelegenheit (=die gesetzliche Ermächtigung der Landesregierung) durch ein Landesgesetz die Interessen anderer Länder oder der Gesamtheit beeinträchtigen könnte oder
 3. die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit, insbesondere die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus, sie ("die bundesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung) erfordert.

Dieses durch die Notwendigkeit eines einheitlichen Verständnisses des Begriffs "Regelung" in Art. 72 Abs. 2 GG bedingte Ergebnis, daß weder praktisch noch theoretisch ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Ermächtigung aus den drei genannten Gründen denkbar ist, rechtfertigt die Annahme, daß die bundesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG kein außerhalb des Katalogs von Art. 74 GG angeführter Gegenstand der alternativ-konkurrierenden Gesetzgebung im Sinne von Art. 72 Abs. 1 GG ist, sondern ein Fall einer kumulativkonkurrierenden Zuständigkeit. "Fälle" von kumulativen (konkurrierenden) Zuständigkeiten von Bund und Ländern und damit Kollisionsfälle sind überall dort denkbar, wo sich nicht der "einfache" Bundesgesetzgeber und der "einfache" Landesgesetzgeber gegenüber treten, sondern Bundesrecht und Landesrecht anderer Art und Form zusammentreffen"¹⁷⁷⁾, so z. B. Bundesver-

177) v. Mangoldt-Klein, aaO (Anm. 5) Art. 31 Anm. III, 10 S. 766

fassungsrecht oder "einfaches" Bundesgesetzesrecht mit Landesverfassungsrecht. "Die Zuständigkeitsordnung des Grundgesetzes verhindert nämlich nicht eine Kollision zwischen Bundesrecht und Landesverfassungsrecht, da von der Zuständigkeitsordnung gem. Art. 70 ff GG und anderen grundgesetzlichen (Einzel-) Bestimmungen über "einfache" Gesetze des Bundes - abgesehen von der Bindungswirkung der Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG - nur das "einfache" Landesrecht, nicht aber das Landesverfassungsrecht betroffen wird". Bei der gesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung stehen sich zwar formell der "einfache" Bundesgesetzgeber und der "einfache" Landesgesetzgeber gegenüber, doch ergibt sich hier die entscheidende Besonderheit, daß der "einfache" Landesgesetzgeber durch die einfach-gesetzliche Ermächtigung die verfassungsgesetzliche Zuständigkeitsordnung zwischen den obersten Organen des Landes abändert, also Aufgabe und Funktion des Verfassungsgesetzgebers wahrnimmt. Die gesetzliche Ermächtigung der Landesregierung ist das Ergebnis der Ausübung zweier Zuständigkeiten: der alternativ-konkurrierenden Zuständigkeit zur materiellen Rechtsetzung i. S. d. Inhalt-, Zweck- und Ausmaßbestimmung und der kumulativ-konkurrierenden Zuständigkeit zur Kompetenzzuweisung an die Landesregierung. Mit beiden Komponenten wirkt die bundesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung auf eine landesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung ein: die bundesgesetzliche Sachentscheidung im Sinne von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verhindert gem. Art. 72 Abs. 1 GG eine gleichlautende oder gar widersprechende landesgesetzliche Sachentscheidung und damit auch insoweit eine gleichlautende und widersprechende landesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung, da Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG über Art. 28 Abs. 1 GG auch für den Landesgesetzgeber gilt. Dieser könnte die Landesregierung allenfalls innerhalb des vom Bundesgesetzgeber durch die Inhalt-, Zweck- und Ausmaßbestimmung festgelegten Rahmens ermächtigen, indem er die bundesgesetzlich getroffene Konkretisierung weiter konkretisiert. Als rein materielle Regelungen könnten die bundesgesetzliche und die landesgesetzliche Sachentscheidung in einem verträglichen Verhältnis von genereller und spezieller Norm stehen. Als zugleich kompetentielle Regelungen geraten sie jedoch in ein widersprüchliches Verhältnis von mehr oder weniger, da durch die spezialisierende landesgesetzliche Inhalt-, Zweck- und Ausmaßbestimmung der Kompetenzbereich der Landesregierung enger bemessen wird als dies in der weiteren bundesgesetzlichen Ermächtigung der Fall ist. Dieser Widerspruch auf der kompetentiellen Seite wird gem. Art. 31 GG beseitigt. Damit ist aber eine landesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung ausgeschlossen, soweit der Bundesgesetzgeber diese zur Regelung der betreffenden

Materie ermächtigt hat. Dem Landesgesetzgeber ist es also verwehrt, im Wege der Spezialisierung der bundesgesetzlichen Inhalt-, Zweck- und Ausmaßbestimmung, den Kompetenzbereich der Landesregierung zu beschneiden und damit die Kompetenzaussage zu unterlaufen.

2) Ausschluß landesgesetzlicher Ermächtigungen sonstiger Landesorgane durch bundesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung?

Die erschöpfende Aufzählung der Ermächtigungsadressaten in Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG betrifft nur bundesgesetzliche Ermächtigungen. Landesgesetzlich können auch andere Stellen als die Landesregierung ermächtigt werden. Dies richtet sich nach der jeweiligen Landesverfassung¹⁷⁸⁾.

Da gem. Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG durch Gesetz eine Weiterübertragung der Ermächtigung vorgesehen werden kann, ist dem Umstand, daß die Möglichkeit der Subdelegation im ermächtigenden Bundesgesetz nicht enthalten ist, die Entscheidung des Bundesgesetzgebers zu entnehmen, daß nur die Landesregierung, nicht auch andere Exekutivorgane des Landes insoweit zur Rechtsetzung berufen sein sollen. Eine Auslegung des ermächtigenden Bundesgesetzes, daß nur die Landesregierung im Rahmen der Ermächtigung zur Wahrnehmung der Gesetzgebungszuständigkeit des Landes befugt sein soll, ist im Verhältnis der Landesregierung zu anderen Verwaltungsorganen des Landes möglich, da Gründe des gewaltenteilenden, demokratischen Rechtsstaates, die im Verhältnis der Landesregierung zum Landesparlament eine solche Interpretation, wie erörtert, ausschließen, in diesem Falle nicht durchgreifen. Diese Gründe streiten nur dafür, daß der Landesregierung lediglich neben, nicht aber an Stelle des ordentlichen Landesgesetzgebers, Rechtsetzungsbefugnisse eingeräumt werden. Sie sprechen aber nicht gegen eine Entscheidung des Bundesgesetzgebers, daß nur die Landesregierung zum Erlass der Verordnungen zuständig sein soll, womit der Landesgesetzgeber von der Ermächtigung anderer Exekutivorgane ausgeschlossen ist. Der Bund hat insoweit die Befugnis des Landes verdrängt, als er verbindlich dasjenige Landesorgan bestimmt hat, welches im Rahmen der Ermächtigung, neben dem Landesparlament, zur Rechtsetzung kompetent sein soll.

Ist im ermächtigenden Gesetz vorgesehen, daß die Ermächtigung weiter übertra-

178) Maunz-Dürig, aaO (Anm. 5) Art. 80 Rdz. 6

gen werden kann, so werden damit zwei verschiedene Zuständigkeiten der ermächtigten Landesregierung begründet: die Zuständigkeit zu einer sachlichen Regelung der Verordnungsmaterie und die Zuständigkeit, diese Rechtsetzungskompetenz wiederum einem anderen Verwaltungsorgan zuzuweisen. Während hinsichtlich der ersteren eine konkurrenzschaffende, kumulative, konservierende Delegation vorliegt, bedeutet die Einräumung der Subdelegationsmöglichkeit eine private, devolvierende, translativ Delegation. Die Ermächtigung der Landesregierung zur Subdelegation, enthält die bundesgesetzliche Entscheidung, daß insoweit nur noch die Landesregierung zur Ermächtigung anderer Verwaltungsorgane des Landes zuständig sein soll. Gegen eine private Delegation dieser Kompetenz-Kompetenz des Landesgesetzgebers können aus Gründen des gewaltenteilenden, demokratischen Rechtsstaates gleichwohl keine Bedenken geltend gemacht werden. Die Frage, ob, mit welchem Inhalt, zu welchem Zweck und in welchem Ausmaße der Exekutive des Landes, neben der Legislative Rechtsetzungskompetenz eingeräumt werden, ist vom Bundesgesetzgeber mit der Ermächtigung der Landesregierung gem. Art 80 Abs 1 S. 1 u. 2 GG bereits entschieden. Damit ist dem rechtsstaatlichen Anliegen Rechnung getragen. Daß der Landesgesetzgeber neben der Landesregierung auch weiterhin befugt ist, festzulegen, welches Organ innerhalb der Verwaltung, außer der Landesregierung, zur Wahrnehmung der Landesgesetzgebungskompetenz zuständig sein soll, ist nicht erforderlich. Die Verwaltung ist insofern als einheitlicher Block anzusehen. Mit der bundesgesetzlichen Ermächtigung der Landesregierung ist die Gewaltenteilung auf legitime Weise durchbrochen. An diesem Punkt sind deshalb die Grundsätze des gewaltenteilenden, demokratischen Rechtsstaates zu wahren. Jede weitere Ermächtigung in der gleichen Angelegenheit tangiert die Gewaltenteilung nicht mehr, sondern betrifft lediglich die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Organen innerhalb ein- und derselben Gewalt.

3) Ausschluß landesgesetzlicher Ermächtigung von Landesorganen infolge bundesgesetzlicher Ermächtigung von Bundesorganen?

Die bundesgesetzliche Ermächtigung der in Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG genannten Bundesorgane, könnte eine landesgesetzliche Ermächtigung von Landesorganen nur über die vom Bundesgesetzgeber gem. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG getroffene Sachentscheidung beeinflussen. Da insoweit ein Gebrauchmachen des Bundes von seinem Gesetzgebungsrecht im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung vorliegt, ist

eine gleichlautende landesgesetzliche Regelung gem. Art. 72 Abs. 1 GG ausgeschlossen. Damit wäre an sich, wegen Art. 80 Abs. 1 S. 2, 28 Abs. 1 GG, auch eine gleichlautende landesgesetzliche Ermächtigung unmöglich gemacht. Dieses Ergebnis vermag jedoch nicht zu befriedigen. Es ist nicht einzusehen, warum eine Ermächtigung von Landesorganen allenfalls noch in dem engeren Rahmen einer die bundesgesetzliche Ermächtigung spezialisierenden landesgesetzlichen Sachentscheidung möglich sein soll. Eine solche zusätzliche, einschränkende Weichenstellung wäre kein rechtsstaatliches Erfordernis einer landesgesetzlichen Ermächtigung gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 1 GG, sondern ausschließlich eine bundesstaatliche Konsequenz einer bundesgesetzlichen Sachentscheidung gem. Art. 72 Abs. 1 GG. Bei der Anwendung des Art. 72 Abs. 1 GG muß jedoch die Besonderheit entscheidende Berücksichtigung finden, daß eine Sachentscheidung im Sinne von Art. 80 Abs. 1 S. 2 (28, Abs. 1) GG über den gewöhnlichen Zweck sonstiger materieller Regelungen hinaus, Mittel zum Zweck der Ermächtigung der Exekutive zum Erlaß von Rechtsverordnungen ist. Art. 72 Abs. 1 GG kann deshalb einer gleichlautenden landesgesetzlichen Sachentscheidung dann nicht entgegenstehen, wenn dieser, im Zuge einer Ermächtigung, lediglich eine rechtsstaatlich unabdingbare Hilfsfunktion bei der Regelung eines vom Bund gerade nicht geregelten Gegenstandes, nämlich der Verteilung der Kompetenzen zur Wahrnehmung der Landesgesetzgebungszuständigkeiten zwischen Organen der ersten und der zweiten Gewalt des Landes, zukommt.

Ebenso ist eine spezialisierende Ermächtigung von Landesorganen möglich, da diese der sachlichen Komponente der bundesgesetzlichen Inhalt-, Zweck- und Ausmaßbestimmung nicht widerspricht und deren kompetentiellen Seite nur auf die Bundesorganisation bezogen ist.

Thesen:

- 1) Die gesetzliche Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen stellt in ihrer grundgesetzlichen Ausgestaltung durch Art. 80 GG eine Kombination zweier Elemente dar:
 - a) Die gesetzliche Ermächtigung gem. S. 1 dieser Vorschrift ist eine reine Zuständigkeitsregelung i. S. d. Begründung einer irregulären Zuständigkeit durch einen organisatorischen Differenzierungsakt.
 - b) Diese kompetentielle Regelung ist aber nach S. 2 nur zulässig, wenn sie mit einer materiellen Regelung i. S. d. Inhalt-, Zweck- und Ausmaßbestimmung gekoppelt ist.

- 2) Die gesetzliche Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung ist nicht die Ausübung einer einzigen, lediglich formal bestimmten Gesetzgebungskompetenz, sondern, entsprechend ihrem Inhalt, das Gebrauchmachen von zwei verschiedenen Zuständigkeiten:
 - a) einer besonderen Zuständigkeit zur Regelung der Zuständigkeit. Diese Kompetenz-Kompetenz wird durch Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG begründet.
 - b) der gewöhnlichen Gesetzgebungszuständigkeit im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung gem. Art. 72, 74 GG. Diese Zuständigkeit zur Inhalt-, Zweck- und Ausmaßbestimmung wird von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vorausgesetzt.

- 3) Eine Sperre des Landesgesetzgebers infolge der Beseitigung der Gesetzgebungskompetenz des Landes gem. Art. 80 Abs. 1 GG i. V. m. der bundesgesetzlichen Ermächtigung ist nicht möglich. Die Verordnungsermächtigung regelt nur die bundes- bzw. landesinterne Kompetenzordnung zwischen dem ordentlichen Gesetzgebungsorgan und dem ermächtigten Exekutivorgan. Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bund und Ländern ist nicht Gegenstand einer solchen Ermächtigung.

- 4) Eine Sperre des Landesgesetzgebers infolge der Beseitigung der Gesetzgebungszuständigkeit des Landes gem. Art. 72 Abs. 1 GG i. V. m. der bundesgesetzlichen Ermächtigung ist nur insoweit möglich, als der Bund durch

eine materiell-gesetzliche Regelung, einschließlich der Inhalt-, Zweck- und Ausmaßbestimmung, von seinem konkurrierenden Gesetzgebungsrecht Gebrauch gemacht hat. Im Umfang des übertragenen Verordnungsbereiches ist dies nicht der Fall.

- 5) Eine Sperre des Landesgesetzgebers im Umfange des Verordnungsbereiches bei Fortbestehen der Gesetzgebungszuständigkeit des Landes tritt nicht ein. Art. 80 Abs. 1 GG und die bundesgesetzliche Ermächtigung enthalten nicht die Entscheidung, daß nur noch das ermächtigte Exekutivorgan anstelle des ordentlichen Landesgesetzgebers zur Rechtsetzung befugt sein soll.
- 6) Die bundesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung schließt eine gleichlautende oder widersprechende landesgesetzliche Ermächtigung der Landesregierung oder sonstige Landesorgane aus. Als der bundesgesetzlichen Kompetenzzuweisung widersprechend, ist auch eine spezialisierende landesgesetzliche Ermächtigung anzusehen.
- 7) Die bundesgesetzliche Ermächtigung von Bundesorganen schließt eine gleichlautende oder spezialisierende Ermächtigung von Landesorganen nicht aus.

Lebenslauf

Ich, Arno Brust, wurde am 24. Januar 1945 in Ravensburg als Sohn des Emil Brust und seiner Ehefrau Emma, geb. Nassal, geboren.

Nach vierjährigem Besuch der Katholischen Knabenvolksschule Ravensburg, wechselte ich im Frühjahr 1955 in das Neue Gymnasium Ravensburg über, wo ich im Frühjahr 1964 das Zeugnis der Reife erwarb.

Vom Sommersemester 1964 an, studierte ich Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin, der Eberhard-Karls-Universität Tübingen und der Ludwig-Maximilians-Universität München. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 9. Dezember 1969 am Prüfungsort München.

Am 4. Februar 1970 wurde ich unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Widerruf zum Rechtsreferendar ernannt.

